

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE
L'ÉVOLUTION DE LA NOVATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Doctorat juridique)

Présentée et soutenue le Mardi 11 Février 1908, à 1 heure

PAR

Constantin T. TATOVICI

Docteur en droit
(Sciences économiques et politiques)

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur

Suffragants { *MM. CHÉNON, professeur*
MEYNIAL, agrégé

PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUE

15, Rue Racine, 15

1908

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551430_0017

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE
L'ÉVOLUTION DE LA NOVATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Doctorat juridique)

Présentée et soutenue le Mardi 11 Février 1908, à 1 heure

PAR

Constantin T. TATOVICI

Docteur en droit

(Sciences économiques et politiques)

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur

Suffragants { *MM. CHÉNON, professeur*
MEYNIAL, agrégé



PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE

15, Rue Racine, 15

—
1908

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DE

L'ÉVOLUTION DE LA NOVATION

INTRODUCTION

Parmi les modes d'extinction des obligations, l'un de ceux dont l'histoire est la plus intéressante à décrire est assurément la novation. On la rencontre en droit romain comme en droit français, et pendant longtemps, on a raisonné par analogie de l'une des législations à l'autre, comme si elles présentaient entre elles des ressemblances profondes. En réalité, la novation romaine et la novation française n'ont rien de commun que le nom.

A Rome, la novation constitue l'une des applications directes et étroites du contrat *verbis*, et, par là, elle se rattache à des idées primitives, dont le

droit contemporain s'est depuis longtemps débarrassé. Au contraire, la novation moderne apparaît comme une sorte de dation en paiement. Le débiteur qui est tenu d'opérer une certaine prestation se libère en fournissant une autre prestation. Il intervient donc une convention entre le créancier et le débiteur, convention de nature à faciliter la libération de ce dernier.

La novation romaine, au contraire, n'était nullement conçue comme une institution destinée à faciliter l'acquittement de l'obligé. D'autre part, en droit romain, il régnait une confusion fréquente entre la novation et la délégation. La délégation est une variété de la novation : elle se produit lorsqu'un débiteur, titulaire lui-même d'une créance, se sert de cette créance pour acquitter sa propre dette et délègue son propre débiteur envers son créancier. Aujourd'hui, la distinction est nettement établie entre les deux opérations : la novation est une dation en paiement et la délégation est un des moyens de l'accomplir.

Cependant, même en droit romain, on avait aperçu cette différence, car la délégation ne nécessitait aucune forme spéciale ; la novation, au contraire, était une convention nettement individualisée, et qui exigeait pour sa perfection toutes les conditions du contrat verbal.

La novation romaine apparaît comme une stipula-

tion destinée à éteindre une dette ancienne et à la remplacer par une dette nouvelle, à la condition que celle-ci présente des caractères qui manquaient à la précédente, *aliquid novi*.

La nouveauté peut d'ailleurs résulter, soit d'un changement de personne (du créancier ou du débiteur), soit d'un autre élément qui se substitue à un ancien. Seulement les caractères de la novation romaine ont varié. Sous Justinien, il est incontestable que la novation a pour effet de substituer une dette nouvelle à une dette ancienne en vertu de l'intention des parties ; et alors l'intention de nover s'apprécie en fait à l'occasion de chaque acte et de chaque opération particulière ; dans le droit byzantin et peut-être dès la fin de l'époque classique, il n'y a pas de novation en l'absence d'une volonté réciproque des parties poursuivant ce but d'un commun accord. Mais, à l'époque primitive, une autre conception prédomine : l'intention de nover n'est nullement prise en considération, la novation est un résultat nécessaire et inévitable quand deux personnes, unies déjà par un rapport juridique, s'engagent par voie de stipulation.

Lorsqu'on cherche à analyser l'évolution qui s'est accomplie à cet égard, lorsqu'on examine les causes qui ont transformé la novation et ont ajouté à l'élément objectif un élément subjectif, on est amené à constater que la novation est passée par deux pha-

ses avant que le mécanisme de l'institution eût acquis sa perfection dernière.

Dans une première phase, et à une époque fort ancienne, la formule employée par les parties a le don de produire la novation par sa vertu même, inéluctablement, et sans qu'il y ait besoin de recourir à un *raisonnement* quelconque pour que cette formule engendre ainsi une novation ; on ne s'inquiète nullement de là présomption de la volonté de nover qui résulterait de l'emploi de cette formule ; le droit n'a pas encore acquis la finesse nécessaire pour qu'on se livre à des semblables recherches psychologiques. Au contraire, à la fin de la civilisation romaine, la formule employée par les parties n'opère une novation, que si l'intention conforme de celles-ci est établie en fait. On peut résumer cette évolution en disant que la novation a commencé par être un rapport juridique purement abstrait et qu'elle est devenue ensuite une stipulation complète et individualisée. Il est vraisemblable que la transition entre ces deux périodes s'est effectuée insensiblement et qu'il y a eu une époque intermédiaire où la formule consacrée a produit encore l'effet d'engendrer une novation. Seulement cette formule n'avait une semblable puissance qu'en raison d'une présomption légale qui s'y attachait, savoir la présomption de l'intention de nover existant entre le créancier et le débiteur.

Au début, les Romains sont partis de cette idée simple qu'une même chose ne peut être due deux fois au même créancier. C'est là une conception qui, d'après certains auteurs (1), ne devait pas être sans analogie avec les principes admis en matière de *litis contestatio* : deux personnes ne peuvent plaider deux fois ensemble à l'occasion du même litige ; de même, on ne peut passer deux fois un contrat relativement au même objet. C'est une des conséquences du formalisme primitif.

Les changements qui se sont produits dans les règles qui, aux différentes époques, ont gouverné la novation, s'expliquent par les transformations qu'a subies la notion même de l'obligation. L'obligation, sous l'empire des nécessités économiques, a évolué peu à peu : la novation, étant l'un des modes d'extinction de l'obligation, s'est perfectionnée parallèlement (2). Etant liée au développement du crédit, l'obligation, dans sa constitution comme dans son extinction, a subi l'influence des idées nouvelles et des exigences du commerce, qui devenait sans cesse

1. Girard, *Manuel de droit romain*, 4^e éd., 1906, p. 690

2. Thézard. *Influence des relations commerciales sur le développement du droit privé*. *Rev. crit.*, 1873-1874, nouvelle série, t. III, p. 103 et suiv., 166 et suiv., 250 et suiv. — Thaller. *Des faillites en droit comparé*, t. I, p. 158 et suiv. — Saleilles, *Théorie générale de l'obligation* d'après le projet du Code civil allemand. 2^e éd. 1901, p. 95 et suiv.

plus important. De là des théories plus modernes et un recul du formalisme primitif devant des conceptions plus pratiques.

Ulpien, à l'époque classique, définit la novation : la transfusion et le transfert d'une dette antérieure dans une autre obligation. En d'autres termes, il appelle novation l'effet produit par un contrat de stipulation, quand il a le même objet qu'une dette préexistante et qu'il se propose pour but de transformer cette dernière en une obligation nouvelle née *verbis* (L. 2. Dig. *De novationibus et delegationibus*, 46, 2).

Cette institution juridique avait à Rome une valeur et une signification économiques, et voici les besoins auxquels elle avait pour but de satisfaire : (la novation ainsi comprise n'a pu apparaître qu'à une époque où l'activité commerciale était déjà considérable, bien que le formalisme n'eût pas encore perdu son énergie primitive). Elle était utilisée à l'occasion de nombreux rapports d'affaires.

Elle servait d'abord à procurer à un tiers des avantages qui se rapprochaient, dans la mesure du possible, de ceux de la cession de créance, laquelle était directement impraticable. Puis, dans l'hypothèse où une personne désirerait en gratifier une autre, elle peut avoir l'idée de déléguer un de ses débiteurs au donataire, et celui-ci sera désormais engagé vis-à-vis du gratifié. Mais comment ce but sera-t-il atteint ? Il

fallait primitivement une double opération : d'abord une acceptilation, qui avait pour objet d'éteindre l'ancienne dette, et ensuite une stipulation en vue de créer un nouveau rapport d'engagement ; seulement, il y avait là une complication ; aussi les jurisconsultes imaginèrent bientôt une formule nouvelle : la stipulation *ejusdem debiti*. Le cessionnaire, s'adressant au débiteur ou cédant, lui disait : « Ce que tu dois au cédant, me le promets-tu à moi-même ? Je te le promets », répondait le débiteur. Mais les *verba solemnia* employés en pareille circonstance n'étaient pas absolument les mêmes que si les parties avaient voulu créer une nouvelle obligation à la place de l'ancien droit de créance. Par suite de l'échange des paroles sacramentelles, la créance, dont le cédant était auparavant titulaire, était transformée en une créance qui appartenait désormais au cessionnaire. Cet emploi de la stipulation permettait donc d'obtenir un résultat important. Mais, pour que cette opération fût possible, le consentement du débiteur apparaissait comme indispensable. Il pouvait donc, par caprice ou par mauvais vouloir, entraver les projets du cédant et mettre obstacle à l'opération. Et il n'existait aucun moyen de triompher de sa résistance, on ne pouvait le contraindre à répondre affirmativement au créancier.

Quoi qu'il en soit, en donnant à son débiteur l'ordre de s'engager par stipulation vis-à-vis d'une autre

personne, le créancier primitif ne se proposait pas toujours le même but : tantôt il s'agissait pour lui de gratifier le nouveau créancier, tantôt il avait l'intention d'effectuer un paiement à la personne qui allait devenir titulaire de la créance. Enfin, l'opération pouvait réaliser un prêt, si celui qui était en situation de consentir le prêt manquait de capitaux disponibles, mais possédait une créance à terme. Telle était l'utilité de la novation par changement de créancier.

Celle qui résultait du changement du débiteur ne présentait pas des avantages moindres. Quelqu'un est débiteur d'une certaine somme en vertu d'une stipulation et il possède une créance de la même somme sur un tiers qui est lié également en vertu d'une stipulation. On suppose que la solvabilité de son débiteur est hors de doute. Pour éviter un double transport d'argent, cette personne désire échanger sa dette contre sa créance, et les éteindre l'une par l'autre, pour se trouver libérée. Par quel procédé pourra-t-elle atteindre son but, en admettant que son créancier et son débiteur se prêtent à la combinaison ? D'après les règles primitives, il n'y avait pas moyen d'éviter l'emploi de trois actes juridiques distincts : celui qui était à la fois créancier et débiteur libérait son débiteur par acceptilation, et il était libéré de la même manière par son propre créancier ; enfin le débiteur primitif s'engageait par voie de stipulation vis-à-vis du créancier nouveau.

Cette méthode permettait bien d'arriver au but recherché, mais elle présentait le double inconvénient d'être très compliquée, puis d'exposer les parties à des risques au cas où l'une d'elles était de mauvaise foi. Pour échapper à ces inconvénients, les jurisconsultes de l'époque classique imaginèrent une formule de stipulation *ejusdem debiti*, qui permettait d'atteindre plus simplement et sans aucun aléa le but visé. Le créancier de Primus, qui consentait à accepter Secundus comme débiteur en son lieu et place, lui demandait : « Ce que Primus me doit, me promets-tu de le payer ? » Et, sur la réponse affirmative de Secundus, celui-ci se trouvait engagé envers le nouveau créancier (Gaius, Loi 34, § 2. *De novationibus*, Dig., 46, 2.) Dès que les paroles solennelles avaient été prononcées, l'ancienne dette était éteinte et remplacée par une nouvelle : ce double effet extinctif et créateur avait donc été atteint par l'emploi d'un seul acte juridique. Le créancier était considéré comme ayant reçu satisfaction, non seulement s'il avait obtenu la prestation promise, mais encore par le seul fait qu'il avait consenti à interroger par stipulation un tiers, qui s'engageait à exécuter l'obligation.

L'intérêt qu'avait le nouveau débiteur à s'obliger au lieu et place de l'ancien était facile à apercevoir : il pouvait s'agir ainsi d'une libéralité consentie par lui au profit de l'obligé primitif. De même encore,

l'opération servait à réaliser un paiement : le nouveau débiteur désintéressait de cette manière celui qui était primitivement tenu. Enfin, une opération de ce genre servait aussi à effectuer un prêt.

Telles étaient les deux principales utilités de la novation, mais cette institution était de nature à répondre à un autre besoin. Voici qu'une personne est obligée de réparer les conséquences d'un délit ; celui qui est créancier de cette réparation s'adresse au débiteur et lui pose l'interrogation suivante : « Promets-tu de me payer la rançon que tu me dois par suite du vol que tu as commis à mon préjudice ? » Si l'auteur du dommage répond affirmativement, l'obligation née du délit est alors transformée en une obligation issue d'un contrat, ce qui la rend plus énergique et lui procure de notables avantages : tandis que l'obligation délictuelle s'éteindrait par la mort du coupable, cet événement ne porte aucun obstacle à la continuité de l'engagement, et les héritiers du débiteur demeureront tenus comme l'était leur auteur.

Mais c'est surtout dans l'hypothèse suivante que s'aperçoit l'utilité de la novation : Une personne est débitrice d'une autre en vertu d'un contrat non solennel, d'une vente, par exemple. L'obligation présente alors le caractère d'une obligation de bonne foi. Grâce à la novation *inter easdem personas*, voici que cette obligation de bonne foi va être trans-

formée en un lien de droit strict engendré par la stipulation. Le créancier y gagne au point de vue de la preuve. Au lieu d'être tenu de démontrer qu'il avait droit à la prestation en vertu d'un contrat de bonne foi régulier, d'une vente, par exemple, qui n'avait pas été suivie d'exécution, il lui suffit d'établir que les *verba solemnia* ont été échangés. La preuve devient donc infiniment plus facile. L'obligation perd son caractère de bonne foi pour devenir un engagement de droit strict, et cette circonstance est de nature à servir les intérêts du créancier : celui-ci peut être désireux de savoir exactement sur quoi il peut compter et il a peut être ses raisons pour se méfier de l'arbitraire du juge. Par suite de la stipulation novatoire, il sait désormais exactement à quoi il peut s'attendre.

Ainsi, le changement de la nature de l'obligation dans la novation *inter easdem personas* peut aboutir à des conséquences favorables pour le créancier, qui possède désormais une action de droit strict au lieu d'une action de bonne foi. Il n'est pas besoin, d'ailleurs, de supposer un changement dans la nature de l'obligation, pour découvrir une utilité à la novation *inter easdem personas*. L'obligation novée pouvait déjà résulter d'une stipulation ; seulement elle se séparait de l'engagement primitif par certaines clauses accessoires. La novation permettait en effet de modifier dans une certaine mesure la physionomie

primitive du lien obligatoire. Le changement pouvait résulter de l'insertion d'une clause accessoire, telle qu'un terme ou une condition.

Ainsi, en matière de novation, l'acte juridique était unique dans sa forme, bien qu'il produisit un double effet, l'un de caractère créateur, l'autre de caractère extinctif. Par la souplesse de sa forme et son caractère solennel, la stipulation aboutissait donc à rendre de nombreux services qu'on ne pouvait attendre d'un simple pacte. C'était en vertu des *verba solemnia*, dont le texte avait été soigneusement prévu et élaboré par les jurisconsultes, que la novation *ejusdem debiti* produisait un effet extinctif en même temps que créateur, grâce aux paroles solennelles dont la teneur avait été arrêtée avec précision par les prudents et qui devait être exactement reproduite par les parties.

« La novation exige l'emploi d'un contrat formel. Partout ailleurs, l'effet extinctif peut se produire sans effet créateur ; ici au contraire il en est la conséquence nécessaire, c'est là le trait essentiel de la novation. Cette double singularité s'explique historiquement. La novation remonte à une époque où la forme des obligations avait une importance décisive : elle a eu forcément une portée limitée qui n'a guère été élargie avant la fin de l'époque classique. Alors seulement on voit poindre l'idée que la novation est un mode de satisfaction analogue à la dation en paie-

ment et que l'on peut promettre *aliud pro alio* » (Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, t. II, p. 521, 1902.)

Mais, dans une autre doctrine, on déclare que, si la stipulation *ejusdem debiti* produisait un effet extinctif, c'est qu'il n'était pas possible de stipuler une seconde fois le même objet ; c'était là, affirme-t-on, en matière de contrats, une règle analogue au principe que *bis de eadem re ne sit actio* (Pomponius, L. 18, Dig. 45, 1). — (Girard. *Manuel*, 4^e éd., p. 690). Les deux obligations ne pouvaient pas avoir le même objet, parce que, quand il y avait eu stipulation de l'*idem debitum*, le premier engagement s'évanouissait automatiquement. Cependant on n'aperçoit aucune raison de douter que les parties puissent stipuler deux fois le même objet : dans le cas où un même créancier stipulera deux fois la même somme du débiteur, il sera titulaire de deux créances égales, voilà tout. La première stipulation obligatoire ne pouvait être éteinte que si la formule de la stipulation novatoire avait été employée.

Le caractère extinctif de la novation, et en même temps l'effet créateur qu'elle produit, telles sont donc les deux caractéristiques essentielles de l'institution. Mais ce résultat ne peut être obtenu que par une législation qui relègue au second plan l'idée de personnalité dans l'obligation pour y relever avant tout le caractère patrimonial du rapport juridique. Au

début, l'obligation apparaissait comme un lien qui unissait entre elles deux personnes déterminées : le créancier et le débiteur. Si l'on changeait l'un des termes du rapport, celui-ci disparaissait. La novation a, au contraire, pour résultat de faire passer d'un patrimoine à un autre la charge d'une dette, sans modifier le droit du créancier qui demeure le même. Le lien de droit qui unissait l'ancien débiteur au créancier n'a pas, en disparaissant, détruit l'obligation elle-même ; un nouveau sujet passif a été simplement substitué à l'ancien (Conf. Savigny. *Traité de droit romain*, traduction Guenoux, t. III, § 105, p. 8 : « La succession à titre particulier à la dette est la transformation purement subjective d'un rapport de droit. »)

Quand on se demande à quelle époque la novation a fait son apparition dans le droit romain, on constate que la période primitive a dû ignorer absolument cette institution. En effet, le formalisme du début imposait la personnalité absolue des effets du contrat, et toute substitution d'un sujet à un autre entraînait extinction du droit initial. Au surplus, les législations primitives ont toujours envisagé l'obligation comme un droit garanti non par le patrimoine, mais par la personne même de l'obligé (Gaudemet, *Etude sur le transport des dettes à titre particulier*, Paris, 1898, p. 29.) Avec un pareil système juridique, la substitution d'un débiteur

à un autre se présente comme un véritable nonsens. La novation n'apparut donc que dans la seconde moitié du ^{vi}^e siècle de l'ère romaine, à une époque où le caractère patrimonial de l'obligation avait commencé à se dégager (Cf. Gaius, *Com.* III, § 179.)

Elle ne peut pas remonter à une époque plus ancienne, car le formalisme des temps primitifs s'opposait à ce que l'un des termes d'un rapport de droit pût être changé.

Quant aux conditions de validité de la novation, elles sont en principe régies par le droit commun (Conf. Cuq, t. II, p. 522, note 3). De plus, elle ne peut se réaliser, si certaines circonstances particulières ne sont pas réunies.

Il fallait d'abord une obligation préexistante destinée à être payée.

Il était indifférent, d'ailleurs, que cette obligation eut sa source dans un contrat ou dans un délit. A l'époque classique, cette obligation pouvait être même une obligation naturelle ; il n'en était pas ainsi sous la République, car les obligations naturelles étaient encore inconnues pendant la période républicaine.

Comme deuxième condition, il est indispensable qu'un contrat solennel ait été conclu ; ce pouvait être une stipulation ou même un contrat *litteris* (Conf. Gaudemet, p. 202).

Il pouvait y avoir, en effet, transcription *a persona in personam* ou *a re in personam* (Gaius, III, §§ 129 et 130.)

Le contrat solennel pouvait même consister en une *dictio dotis* (Règles d'Ulpien, titre VI, § 2). Nous considérons comme certain qu'aucune controverse n'a existé sur ces trois points en droit romain.

Une troisième condition de validité de la novation peut s'exprimer de la manière suivante : Il fallait essentiellement que la stipulation eut le même objet que la dette préexistante, *idem debitum*.

Tandis que la novation par changement d'objet a été admise dans l'ancien droit français comme sous notre Code civil, et qu'elle forme même l'hypothèse pratique où la novation fonctionne le plus souvent, le droit romain n'a jamais admis la novation par changement d'objet. Un individu qui était déjà débiteur d'une prestation en vertu d'une stipulation, et qui promettait une seconde fois *verbis* une autre prestation, devenait débiteur de deux dettes différentes. La substitution de la seconde dette à la première ne pouvait s'opérer que si la première obligation avait été éteinte conformément à la loi, une deuxième étant ensuite régulièrement créée. Donc deux actes juridiques distincts s'imposaient pour réaliser une novation. La définition romaine implique, d'ailleurs, que le seul élément nouveau résultait de la

forme du contenant ; quant au contenu, il ne pouvait pas changer. (Loi I, pp. Dig., 46, 2.)

La novation par changement d'objet était donc inconnue aux Romains, car aucun texte ne lui est consacré.

D'ailleurs, il y a des fragments qui sont formels pour déclarer qu'il n'y a aucune novation dans des hypothèses qui étaient cependant de nature à engendrer le doute : ainsi il n'y avait pas de novation dans le cas où l'usufruit de Titius sur un bien était remplacé par l'usufruit de Mœvius sur le même bien, car ce n'était plus le même droit d'usufruit. (Loi 4. Dig., 46, 2.)

Cette règle de l'impossibilité de la novation par changement d'objet s'explique historiquement. Les jurisconsultes romains avaient imaginé la formule *id quod debet Titius spondes-ne ? Spondeo ?* Mais la novation par changement d'objet n'aurait pu fonctionner qu'au moyen d'une formule plus compliquée qu'ils ne tentèrent pas de construire, sans doute parce que les besoins de la pratique ne l'imposaient pas. Au surplus, le créancier qui voulait réclamer l'exécution de la première obligation, voyait son action paralysée par une exception *pacti conventi*.

En quatrième lieu, la novation ne pouvait produire ses effets que si la nouvelle obligation différait de la précédente par quelque élément nouveau (Gaius, III, § 177). L'élément nouveau pouvait con-

sister dans le changement, soit du créancier, soit du débiteur. Quand la novation se produisait *inter easdem personas*, l'élément nouveau était cependant exigé et il apparaissait, si l'obligation ancienne était née d'un délit ou d'un contrat autre qu'une stipulation. Dans l'hypothèse où la première comme la deuxième obligations provenaient d'une stipulation, il était nécessaire que le second engagement différât du premier sur quelque point : un terme ou une condition pouvaient être ajoutés ou retranchés, ou encore un *sponsor* pouvait accéder à la dette.

De cette manière, un élément nouveau se manifestait ; il n'en fallait pas davantage pour que la novation engendrât ses conséquences.

Enfin, mais seulement dans le dernier état du droit romain ; la novation était impraticable si les parties n'avaient pas l'intention de *nover*, *animus novandi*. Mais, pour l'admission d'un pareil résultat, une évolution profonde avait été nécessaire : L'institution consistait au début dans une combinaison de paroles solennelles ; il suffisait que les parties eussent prononcé correctement les *verba solemnia* de la formule de stipulation novatoire pour que celle-ci s'accomplît ; il n'y avait aucune recherche psychologique à opérer ; on ne se souciait pas de savoir quelle avait été leur intention. A l'époque classique, au contraire, il fallait, outre les paroles solennelles échangées, le consentement des parties pour la validité de la sti-

pulation *ejusdem debiti*. La lecture des Institutes, Livre III, titre XXIX, § 3, démontre, d'ailleurs, que les jurisconsultes avaient formulé des présomptions au moyen desquelles il était facile de reconnaître si l'accord des parties avait ou non existé.

Quant aux effets de la novation, les jurisconsultes de l'époque républicaine avaient choisi les paroles de la stipulation *ejusdem debiti*, de manière à ce qu'elles produisissent immédiatement un double effet : extinction de l'obligation ancienne et création d'une obligation nouvelle. En d'autres termes, la novation produisait à elle seule les mêmes conséquences que s'il était intervenu successivement un mode d'extinction, puis un mode de création des obligations.

En premier lieu, la novation éteignait l'obligation préexistante ; elle fonctionnait à l'instar du paiement. Les textes rapprochent, d'ailleurs, constamment la novation et le paiement. (Loi 31, § 1. Dig., 46,2.) Il était indifférent que le créancier eût perdu à l'opération en raison de l'insolvabilité du débiteur. En toute hypothèse, l'obligation ancienne était anéantie ; par suite, au cas où l'obligation primitive était productive d'intérêts, leur cours était mécaniquement arrêté par la novation, à moins qu'une stipulation d'intérêts ne fut spécialement intervenue pour les maintenir. (Loi 27. Dig., 46,2.)

Dans l'hypothèse où le débiteur se trouvait en demeure, la novation lui permettait d'échapper pour

l'avenir à la responsabilité qu'il assumait en vertu de la demeure. (L. 8, pp. Dig., *ibid.*)

Que fallait-il décider quant aux sûretés qui garantissaient le paiement de la dette primitive ? En raison du caractère automatique de l'emploi de la formule, les cautions bénéficiaient par la novation d'une libération complète. Leur engagement n'était maintenu que si elles accédaient à la nouvelle dette (Loi 4, Code 8, 41.) De même, l'hypothèque attachée à la dette novée ne survivait pas à la novation. C'était la conséquence de l'analogie de la novation et du paiement (Salpius. *Novation und Delegation*. Berlin, 1864, § 34-35.—Jourdan, *L'hypothèque*, p. 692.) M. P. Gide, qui ne recourt pas ici à l'idée d'une extinction de l'obligation ancienne, explique la disparition des accessoires de la créance par le fait qu'ils ne sont pas intimement unis avec elle. (*Etude sur la novation en droit romain*. Paris, 1879, p. 265 et s.) Mais, comme le fait remarquer M. Gaudemet, l'explication donnée par M. Gide est insuffisante, attendu que l'hypothèque n'a jamais été conçue par les Romains comme un droit indépendant de la créance garantie (Gaudemet, *ibid.*, p. 73.) D'ailleurs, il était possible de convenir que la dette nouvelle serait garantie par une hypothèque, ayant le même rang que l'hypothèque antérieure (Loi 11, § 1, Dig., 13, 7.) On pensait qu'une pareille convention ne pouvait, en aucune manière, nuire

aux tiers. Si la novation n'était pas intervenue, la dette ancienne aurait continué à subsister avec les sûretés accessoires dont elle avait été fortifiée. D'autre part, la faculté de faire bénéficier la nouvelle dette du rang des hypothèques qui garantissaient l'ancienne était de nature à faciliter en pratique la conclusion d'opérations utiles.

Ce qui permit d'arriver à ces solutions, ce fut le caractère prétorien de la législation nouvelle, qui avait sa source dans l'Edit, et qui, pour cette raison, se montrait soucieuse des besoins des affaires (Cf. Cuj, t, II, p. 524, note 3.) Seulement, l'Edit laissa subsister la règle ancienne, d'après laquelle les cautions sont libérées par la novation. L'ancien principe fut maintenu dans l'intérêt même des cautions. Lorsque l'obligation était corréale, la novation qui intervenait avec un des créanciers ou un des débiteurs corréaux produisait ses conséquences même à l'égard des autres ; la novation d'une dette corréale produisait donc les effets d'un paiement, en vertu du principe que, s'il y avait pluralité d'obligés, il y avait unité de dette (*Institutes*, III, 7, § 1.) Toutes ces solutions concordent avec l'idée d'après laquelle la novation romaine ne servait pas à la transmission passive de la dette, mais constituait un mode d'extinction suivi de la création d'une obligation nouvelle. Donc, la définition d'Ulpien (*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque*

translatio, Dig., Loi 1, pp. 46, 2) ne correspond pas à la conception classique de la novation à Rome.

D'autre part, la novation constituait un mode de création d'une obligation nouvelle. En répondant *spondeo* à l'interrogation du créancier, le débiteur contractait un lien nouveau avec lui ; par suite la novation échappait à toute influence extérieure et puisait en elle-même sa force et sa vie ; elle produisait ses effets abstraction faite de toute cause ; elle se passait de cause et se servait à elle-même de raison première. Peu importait que l'ancienne obligation qu'elle venait remplacer fût simplement naturelle ; la novation engendrait une obligation civile qui était sanctionnée en justice par une *condictio*. L'ancien débiteur pouvait-il invoquer une exception quelconque ? Il supportait les conséquences de sa négligence, s'il n'avait pas invoqué cette ressource du vivant de l'ancienne obligation : les exceptions qui viciaient celle-ci ne survivaient pas à la novation.

On a cependant soutenu (Gide, p. 251-263) que les exceptions résistaient en principe à la novation ; mais les textes sont contraires à cette opinion, et ceux qui admettent le maintien des exceptions se réfèrent à des hypothèses particulières, et s'expliquent par la formule de stipulation employée dans les cas dont il s'agit (Cf. Cuq, t. II, p. 524, note 7. — Girard, *Manuel*, p. 699.) Les solutions qui admet-

tent la survivance des exceptions après la délégation, sont motivées par des circonstances particulières, par des considérations pratiques d'une nature spéciale. C'est, par exemple, une femme qui a délégué *dotis causa* à son mari un débiteur qui était protégé contre elle par une exception. Si le mari, après la dissolution du mariage, agit contre le délégué, celui-ci pourra lui opposer l'exception qui, avant la délégation, le protégeait contre la femme ; ce n'est pas là une solution de principe ; elle se proposait pour but d'éviter un circuit d'actions (Loi 9, § 1 *in fine*. Dig., 12, 4.) Si, en effet, le délégué avait été déchu du droit d'opposer l'exception au mari, il aurait été obligé de payer en vertu de l'action *ex stipulatu*. Mais, de son côté, le mari, obligé de restituer à sa femme le montant de la dot, aurait dû verser à celle-ci ce qu'il venait de toucher du délégué ; de sorte que, finalement, la femme, ayant bénéficié d'un enrichissement sans cause, aurait été contrainte par la *condictio sine causa* de rembourser au délégué les sommes que celui-ci avait payées au mari. Les autres textes invoqués à l'appui de la survivance des exceptions à la novation se justifient tous par des considérations de même nature ; il y avait là autant de solutions destinées dans un but pratique à apporter à un principe de stricte logique des dérogations justifiées par l'équité.

Si l'on veut résumer l'évolution suivie par la

novation romaine, on peut dire qu'elle s'est dégagée peu à peu de la stipulation abstraite, sans trop s'en éloigner. L'individualisation de la novation a été le résultat de toutes les transformations qu'a subies le droit romain au cours des siècles en matière de contrats et d'obligations.

Le but de la stipulation novatoire, à la dernière époque, ne peut être atteint sans l'intention commune des parties, l'*animus novandi*. C'est là l'objet de la principale réforme de Justinien ; l'idée de tenir compte de l'intention des parties s'est manifestée d'abord d'une façon modeste, à l'époque classique. C'est ainsi que, s'il y a novation conditionnelle d'une dette pure et simple antérieure, la doctrine classique arriva à décider que l'obligation pure et simple ne sera novée par la stipulation conditionnelle qu'à l'événement de la condition et pourvu que cet événement se réalise (Gaïus, III, 179.) Si l'on avait appliqué rigoureusement le formalisme primitif, le débiteur aurait été libéré de la dette ancienne et affranchi également des conséquences de l'engagement nouveau, puisque celui-ci n'avait pas pris naissance, par suite du défaut de réalisation de la condition. La solution contraire ne put être admise que pour assurer le respect de la volonté des parties.

On tint compte encore de l'intention présumée des parties à un autre point de vue ; dans la théorie primitive, les garanties de l'ancienne créance dispa-

raïssaient par l'effet de la novation ; à l'époque classique, il devint possible de réserver ces garanties : le moyen le plus simple consistait à subordonner la novation à la condition que les sûretés primitives seraient maintenues (Cf. Cuq, t. II, p. 524, note 3.) Enfin, dans quelques hypothèses justifiées par des motifs d'utilité pratique, c'est-à-dire par la considération de l'intention probable des parties, on permit au débiteur d'invoquer les exceptions qui pouvaient être opposées à l'ancienne dette. Donc, à l'origine, la novation ne constitue qu'une application de la stipulation, et elle est tout entière dominée par les règles traditionnelles de ce contrat formaliste.

L'échange des paroles solennelles a une valeur indépendamment de toute recherche de la volonté des parties.

Dans une phase nouvelle, on élargit l'application de la novation ; on lui permet, par exemple, de transformer une obligation de bonne foi en un engagement de droit strict, ou de créer la perpétuité et la transmission d'une obligation délictuelle. En d'autres termes, la stipulation novatoire peut s'appliquer aux obligations provenant des sources les plus diverses.

En même temps, la novation devient une opération individualisée, qui s'affranchit quelque peu de ses rapports de dépendance avec la stipulation, en ce sens qu'elle obéit à des règles propres (exigence de

deux obligations, l'ancienne et la nouvelle, possibilité d'opérer la novation par contrat *litteris*, en dehors de la stipulation (Gaius, III, § 128 à 130) ; l'identité d'objet et un élément nouveau).

Enfin, dans la quatrième phase, la novation dépend avant tout de l'intention qu'ont eue les parties, lorsqu'elles ont conclu une nouvelle stipulation. Donc, tant que la novation a été régie par des règles respectueuses de l'idée d'après laquelle la forme des obligations a une importance décisive, elle a nécessairement une portée limitée, qui ne s'est élargie qu'à partir de l'époque classique, et l'on s'est alors rapproché davantage de la conception moderne, d'après laquelle la novation est un mode de satisfaction analogue à la dation en paiement (Cf. Cuq, p. 521.)

Le changement apporté aux règles dominant la novation n'est d'ailleurs qu'un des aspects de l'évolution beaucoup plus générale qu'a subie la notion d'obligation.

Dans les périodes primitives, l'obligation a toujours été considérée comme un rapport personnel plutôt que comme un élément du patrimoine ; les législations anciennes en sont restées au principe de la personnalité absolue des effets du contrat ; la convention ne peut créer de rapports juridiques qu'entre les personnes qui ont pris part aux solennités requises : « Le droit romain s'en tenait à la

notion simple d'un lien personnel entre individus déterminés, créancier et débiteur. Notre droit moderne, au contraire, s'attache plutôt au contenu objectif de la créance ou de la dette et admet par suite plus facilement un changement de personne, pourvu que le contenu de l'obligation reste le même. » (Bluntschli, *Deutsches privatrecht*, t. II, p. 110, n° 2.)

La conception étroite de l'obligation primitive s'explique surtout par deux motifs : d'abord, tant que le formalisme a été en vigueur, l'accord des parties ne peut engendrer un rapport de droit qu'entre les personnes qui ont pris part aux solennités requises ; tout changement dans la personne du créancier ou du débiteur aurait modifié la physionomie du rapport juridique antérieurement établi : une fois née, l'obligation est faite pour être payée, mais non pour être transmise (Cf. Gaudemet, p. 28 et s.) La conception primitive de l'obligation présente un autre caractère : non seulement elle ne naît que d'une convention arrêtée suivant des formalités sacramentelles et traditionnelles ; mais, de plus, elle fournit aux créanciers un droit qui porte sur la personne même de l'obligé plutôt que sur son patrimoine.

On connaît la *manus injectio* romaine, avec les sanctions fort dures qu'elle entraînait pour le débiteur. Celui-ci, en contractant une dette, met non

seulement son patrimoine, mais encore sa vie et son honneur à la disposition du créancier.

« L'accomplissement du devoir de remplir sa promesse fut une question d'honneur (Cuq, t. I, 1^{re} éd. p. 593). Mais la créance n'a de valeur que celle qui s'attache au nom du débiteur, car le nom de ce dernier personnifie pour le créancier le gage sur lequel il doit compter en cas d'inexécution volontaire. Dans un système social où tout engagement a pour résultat d'enchaîner le débiteur à la dette (D'Ihering, *Les Indo-Européens avant l'histoire*, trad. Meulenaere), il est impossible de songer à la transmission de l'obligation, soit au point de vue passif, soit au point de vue actif.

Mais aujourd'hui l'application revêt un autre caractère : ce n'est plus la personne qui doit à la personne, c'est le patrimoine qui est tenu vis-à-vis d'un autre patrimoine. On considère dans l'engagement moins la personnalité du débiteur que la valeur pécuniaire de la créance. Avec le caractère patrimonial, la créance devient facilement échangeable. A l'époque contemporaine, il n'est pas exagéré d'affirmer qu'il est possible de faire argent de sa créance aussi bien en la cédant qu'en réclamant le paiement au débiteur. C'est qu'aujourd'hui, les derniers vestiges du formalisme, qui constituaient un obstacle considérable à la transmission des créances et des dettes, ont complètement disparu ; de plus, les échanges se

sont aujourd'hui multipliés ; ils se sont étendus surtout sous l'empire de la loi de division du travail qui constitue une des conditions de fonctionnement des sociétés contemporaines, régies par la libre concurrence. L'obligation n'a pas échappé au mouvement qui se dessinait autour d'elle, et, perdant de plus en plus son caractère subjectif, pour se transformer en une valeur objective, elle est devenue l'objet de transactions commerciales. Dès lors, il a fallu songer à en faciliter la transmission, et la novation n'a pu être comprise comme elle l'était à l'époque formaliste du vieux droit romain. On a admis, d'abord, que la cession de la créance laissait subsister le rapport obligatoire ; dès lors, il devenait difficile d'apercevoir pour quel motif le changement de débiteur était inconciliable avec la nature de l'obligation. Cependant, entre la première étape de l'évolution et le progrès final, plus de vingt siècles se sont écoulés, puisque le droit romain a connu, sinon directement, du moins par des procédés détournés, la cession de créance, tandis que le changement de débiteur ou cession de dette n'est admis que par les Codes les plus récents (Code civil allemand, p. 414.)

A l'époque primitive, l'idée de l'intransmissibilité fut poussée si loin, que les créances et les dettes ne pouvaient se transmettre même à titre universel (Cf. Gaudemet, p. 36 et note 1.)

La stipulation *sibi et heredibus* fut sans doute un

moyen de tourner une prohibition qui n'était guère compatible avec le crédit ; puis, lorsque la succession à titre universel eût été acceptée, c'est-à-dire vers le v^e siècle de Rome, les créances du défunt purent être acquises par l'héritier.

Vers la fin du vii^e siècle, il fut admis que non seulement l'héritier recueillerait les créances, mais encore succéderait aux dettes de son auteur (Cf. Gaudemet, p. 41.) Mais on recourut à un subterfuge, pour éviter une contradiction possible entre la règle nouvelle et l'idée séculaire d'après laquelle la créance est un rapport étroitement personnel entre deux individus. On décida que la personne du défunt et celle de l'héritier ne feraient qu'une, au point de vue de la continuité des rapports juridiques comme de la perpétuité du culte des ancêtres (Gide, p. 237.)

Au moyen âge, la doctrine de l'intransmissibilité à titre particulier fut maintenue par les glossateurs ; ils lui donnent même une forme énergique dans les termes suivants : « Nomina adeo ossibus hominum inhærent ut nunquam separentur ;... non possunt separari a domino sicut nec anima a corpore » (citation rapportée par Gaudemet, p. 42). Ce fut dans les villes commerciales du Midi que des conceptions mieux en harmonie avec les nécessités du crédit apparurent bientôt. Le jurisconsulte italien Olea paraît assimiler le transport des créances à la transmission des choses corporelles (De cessione

juris, 1665, titre 6, *Quæstio* I, n^{os} 6-8.) En France, la cession de créance est consacrée par l'article 108 de la Coutume de Paris, rédaction de 1580. L'Allemagne elle-même, à partir du xviii^e siècle, accepte la succession à titre particulier aux créances. C'est seulement dans la Common Law anglaise que l'intransmissibilité des créances s'est maintenue jusqu'en 1873 ; tout au moins jusqu'à cette époque, le créancier qui voulait céder son droit était obligé de recourir à un mode analogue à la *procuratio in rem suam* du droit romain (Brissaud. *Cours d'histoire du droit français*, t. II, p. 1434, note 5.)

Cet historique rapide démontre que tous les procédés de cession des obligations ne commencent à apparaître que le jour où la conception de valeur patrimoniale l'emporte sur celle du rapport personnel. Tant que les idées économiques n'ont pas étouffé l'ancienne tradition de l'immutabilité du rapport juridique, l'obligation était nécessairement incessible ; elle demeurait éternellement fixée sur la tête du débiteur, de même qu'elle ne pouvait disparaître, autrement que par le paiement ou par une renonciation, du patrimoine du créancier ; mais, par la suite, on comprit l'avantage que les parties pouvaient trouver à modifier l'un des termes du rapport qui les unissait.

CHAPITRE PREMIER

La Novation dans l'Ancien droit français

L'ancien droit s'est appliqué à dégager surtout en matière de novation l'idée d'après laquelle l'intention des parties devait être expressément requise pour réaliser une novation. On sait qu'en droit romain l'emploi de la stipulation *ejusdem debiti* entraînait forcément une novation. Les anciennes coutumes s'attachèrent, au contraire, à la règle d'après laquelle la novation ne pouvait avoir lieu si l'intention formelle de *nover* n'avait été exprimée par les parties.

Déjà, dans un ouvrage de pratique du ^{xiii}^e siècle, (*Le speculum juris* de Durantis, 1271) on trouve une formule de novation par changement de débiteur dans laquelle l'*animus novandi* est expressément mentionné, conformément à la Loi 8, au Code de Justilien, « De novationibus » : « Cum quis vult se peni-

tus liberare et reum principalem dare, sic scribetur : Ego H. novandi animo promitto tibi Joanni dare et solvere decem quæ tibi debebat P. ex tali causâ, ut deinceps liberatur; et ego obligatus existam. » (Cité par Gaudemet, d'après Salpius, p. 201, note 3.)

Seulement, au moyen âge, les glossateurs ont complètement confondu la novation et la délégation ; ils ont été trompés sans doute par la rubrique du Titre *De novationibus et Delegationibus* au Digeste, et par la Loi 11, § 1, *fit delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem*. Remarquez, écrit Accurse, que, par la délégation, il se produit une novation. Si la rubrique du titre *De novationibus et delegationibus* réunit le genre et l'espèce, c'est que ce titre traite principalement de la novation qui se traite par délégation (Accurse, Glose sur la rubrique au Digeste *De novationibus*). En d'autres termes, la délégation engendre une novation. Telle est la théorie qui est encore suivie par l'article 1275 du Code civil français. Mais c'est là une erreur des anciens interprètes du droit romain.

A Rome, la novation et la délégation avaient deux rôles nettement distincts. Dans la novation par changement de débiteur, le débiteur nouveau s'engageait spontanément au lieu et place du débiteur précédent ; c'était le nouveau débiteur qui prenait l'initiative et qui s'obligeait à la place d'un tiers, sans que ce dernier l'y eût autorisé. On dit généralement, dans

ce cas, que le nouveau débiteur portait le nom d'*expromissor* (Paul. Loi 22, Dig., 16.1). Cependant, beaucoup de textes semblent établir que le terme *expromissio* s'appliquait indifféremment à toutes les hypothèses de novation par changement de débiteur (Loi 8, § 58. Dig., 46, 2, et loi 91, Dig., 46, 3.) La délégation intervenait, au contraire, dans l'hypothèse où c'était l'ancien débiteur qui avait pris l'initiative et procuré au créancier un nouvel obligé en son lieu et place. En sorte que, si ce dernier s'était engagé, c'était sur l'ordre exprès qu'il avait reçu du débiteur primitif. Telle est, du moins, la dénomination que les glossateurs et, à leur suite, les rédacteurs du Code civil ont appliquée à ce deuxième mode de novation par changement du débiteur. C'est la règle connue sous le nom de : *In delegatione semper inest novatio* (Gaudemet, p. 201).

Cette définition de la délégation n'est en aucune sorte conforme aux sources romaines.

Sans doute à Rome la délégation pouvait être une variété de la novation ; mais elle pouvait aussi se réaliser d'une autre manière. C'est ainsi que la Loi 2, § 2, Digeste, *De donationibus*, 39,5, mentionne une hypothèse où la délégation sert à réaliser une donation. « Cum vero ego Titio pecuniam donaturus, te qui mihi tantum dem donare volebas, jussero Titio promittere, inter omnes personas donatio perfecta est. » (Julien.) Quoi qu'il en soit, les com-

mentateurs du droit romain ont appelé délégant celui qui donnait l'ordre, délégué celui qui l'exécutait et délégataire celui à qui la prestation était promise ou fournie. Le délégant pouvait d'ailleurs ordonner au délégué, soit de payer immédiatement une certaine somme au délégataire, soit de s'engager seulement à fournir une prestation au délégataire à l'expiration d'un certain délai ; dans les deux cas, la délégation s'opérait soit à l'aide de la stipulation *ejusdem debiti*, soit par le moyen de la transcription *a personâ in personam*.

De même que, pour la novation proprement dite, une fois la stipulation intervenue entre le délégué et le délégataire, l'échange des *verba solemnia* produisait son effet ordinaire, le délégué se trouvait lié, sans qu'il y eût à rechercher quelle était la cause de son engagement.

Par suite, le paiement effectué par le délégué au délégataire sur l'ordre du délégant produisait son effet normal ; il avait la même énergie extinctive que s'il n'avait pas eu lieu sur l'ordre d'autrui. Par exemple, si le délégué avait promis au délégataire les mille sesterces dont il se croyait débiteur vis-à-vis du délégant, alors que cette croyance reposait sur une erreur, et qu'il n'était plus débiteur, il demeurerait, malgré son ignorance de la situation, définitivement engagé envers le délégataire ; la prononciation des paroles solennelles de la stipulation avait suffi à

produire ce résultat ; il n'avait plus que la ressource d'intenter une action pour enrichissement sans cause contre le délégant (Loi 13, Dig., 46,2.)

Le délégataire bénéficiait ici de l'application stricte du formalisme ; il était dispensé par là de se préoccuper des relations d'affaires qui pouvaient exister entre le délégant et le délégué. La délégation fonctionnait donc à Rome à l'instar d'une clause à ordre, puisque le débiteur primitif puisait dans cette institution la faculté de se substituer un tiers dans l'accomplissement de l'obligation ; seulement, à la différence de la clause à ordre du droit moderne, la charge de l'engagement ne pouvait être indéfiniment transmise à un tiers, et la substitution était unique. Le nouveau débiteur désigné n'était pas admis à indiquer lui-même un remplaçant dans sa fonction vis-à-vis du créancier.

La confusion commise par les anciens interprètes du droit romain entre la novation et la délégation provient sans doute de ce que cette faculté, pour le débiteur originaire de se substituer un tiers, constituait un précieux instrument de crédit, et facilitait les paiements, tout en évitant une circulation monétaire. L'utilité de la délégation ainsi conçue au moyen âge est aisée à apercevoir. Tant que la clause à ordre fut inconnue, la délégation permit de régler les opérations commerciales sans transport d'argent. (Il ne faut pas oublier qu'en France, la clause à

ordre ne fut importée d'Italie qu'au xvii^e siècle. Cf. Brissaud, *Cours d'histoire du droit*, t. II, p. 1429.— Thaller, *Traité de Droit commercial*, 3^e éd., 1904, n^o 1282.) Ce fut sans doute à cause de cette importance pratique de la délégation que les jurisconsultes de l'ancien droit furent portés à l'assimiler à la novation et à ne la considérer que comme une espèce particulière de novation par changement de débiteur.

La novation devint ainsi le genre, et la délégation l'espèce: « Et nota quod per delegationem fit novatio... Ideo tamen posuit genus et speciem... » (Accurse, Glose sur le Digeste, 46, 2, p. 993). Le délégué peut désormais s'obliger envers le délégataire en vertu d'un simple mandat du délégant, ce qui ne correspond pas absolument à l'ancien *jussum* romain ; mais surtout la théorie romaine avait été travestie en ce sens que les jurisconsultes furent amenés à exiger entre les parties l'existence d'une dette antérieure du délégué vis-à-vis du délégant (Cf. Hubert. *Essai d'une théorie juridique de la délégation*. Thèse, Poitiers, 1899, p. 48 et s.) Toute la pratique italienne de la seconde moitié du xvi^e siècle fonctionne conformément à l'idée que la délégation est un mandat (Cf. Gaudemet, p. 204.)

Que devint, dans cette conception nouvelle, *l'animus novandi*, l'intention de nover que Justinien avait exigé dans sa célèbre constitution 8 du Code, *De*

novationibus ? Le juge examinait d'abord si l'intention de nover avait été exprimée dans l'acte ; si elle y était contenue, la théorie de la novation par changement de débiteur s'appliquait purement et simplement. Si l'acte était muet sur *l'animus novandi*, mais que les éléments de la délégation fussent réunis, la libération du débiteur primitif en résultait nécessairement (Cf. Gaudemet, p. 204. — Hubert, p. 53.)

Par la suite, on ne se contenta pas de déclarer que la délégation entraîne novation ; on posa en principe que toute délégation est une novation « Déléguer, écrit Doneau, c'est donner à notre place un autre débiteur, qui si substitue à nous, dans l'obligation dont nous sommes déchargés. Cet effet se réalise par la novation ; c'est pourquoi la délégation est une sorte de novation effectuée dans ce but spécial. Aussi les titres relatifs à la novation, au Digeste et au Code, portent-ils la rubrique *De novationibus et Delegationibus*, c'est-à-dire des novations et particulièrement de cette sorte de novation qu'on appelle délégation. » (Doneau, *Commentaire de jure civile*, liv. 16, chap. XX, n° 19.)

En résumé, toute convention ayant pour objet de substituer un débiteur à un autre est une expromission, si elle n'est précédée d'aucun mandat de l'ancien débiteur, et une délégation, dans le cas contraire.

Mais de bonne heure, la pratique s'aperçut d'un

des inconvénients de l'assimilation complète de la délégation et de la novation : la décharge nécessaire du délégant. Dès lors, la délégation devenait une opération dangereuse pour le délégataire, qui était exposé désormais aux risques de l'insolvabilité du délégué ; « celui qui accepte une délégation se porte préjudice », écrit Claude de Ferrière (sur la Coutume de Paris, art. 108, n° 3). Aussi, avec le progrès des relations commerciales, on s'efforça de protéger le délégataire contre l'effet absolument libératoire de la délégation. Cujas, le premier, essaya d'un correctif qui consistait à permettre au délégataire de se retourner contre son ancien débiteur, lorsque le délégué était déjà insolvable au moment de l'opération (Cujas, *Opera omnia*, t. V, chap. 464.) Telle est l'origine de la délégation imparfaite, parce qu'elle ne libère pas le délégant de sa dette envers le délégataire ; elle devint très usuelle au xviii^e siècle. Pothier admet que le délégant n'est libéré que si « la volonté du créancier de décharger l'ancien débiteur et de se contenter de ce nouveau débiteur qui s'oblige envers lui à la place du premier est bien marquée » (Pothier, *Traité des obligations*, n° 600.)

Ce ne fut pas seulement avec la novation que la délégation fut confondue au moyen âge ; elle fut souvent rapprochée par les praticiens de la cession-transport (Cf. Hubert, p. 56 et suiv.)

Il y a eu là encore une persistance de la tradition

romaine, car, à Rome, la délégation avait été un des procédés auxquels la jurisprudence avait recouru pour parvenir au transfert des créances. Pendant les xvi^e, xvii^e et xviii^e siècles, les mots cession et délégation furent très fréquemment employés l'un pour l'autre. (Renusson, *Traité de la subrogation*, Paris, 1760, chap. II, n^o 10.) C'est ainsi qu'on se demanda s'il fallait exiger la signification du transport par délégation au débiteur délégué comme au débiteur cédé. On finit par adopter la négative, la présence du délégué rendant inutile toute signification. (Claude de Ferrières, sur l'article 108 de la Coutume de Paris.)

L'ancien droit a donc notablement déformé la théorie romaine de la novation ; il a commis à cet égard une double erreur ; il a confondu d'abord le *jussum* romain avec le mandat ; cette première inexactitude a été toutefois atténuée par l'habitude prise de ne pas décharger le délégant avant le paiement effectué par le délégué.

D'autre part, l'assimilation de la délégation et du transport de créance constitue encore une interprétation inexacte de la tradition romaine, car, à Rome, la délégation servait simplement à réaliser le transport de créance, mais elle ne se confondait pas avec l'acte juridique dont elle constituait l'exécution. Le résultat de toutes ces confusions a été double : d'une part, le rapprochement avec la cession de

créance a permis de constater que la novation n'était pas nécessairement de nature à engendrer un effet extinctif ; et qu'elle se combinait aisément avec une translation de la dette. D'autre part, tout en conservant l'*animus novandi*, on chercha à organiser la novation de manière à sauvegarder les droits du créancier. Mais une pareille précaution n'aurait pas été nécessaire, si les interprètes avaient mieux compris le caractère romain de la novation. La novation romaine a toujours été en dépendance plus ou moins étroite avec la nature abstraite et formelle du contrat *verbis*. Dès lors, ils se sont mépris sur la signification exacte de l'intention de nover, et ils ont pensé que la volonté de nover correspondait toujours à l'intention d'éteindre une dette préexistante et qu'il n'y avait pas de changement possible du débiteur sans anéantissement de l'obligation.

Cependant, dans toute législation qui admet l'autonomie de la volonté des contractants, on n'aperçoit pas pourquoi la novation ne pourrait pas avoir un caractère translatif. Sans doute, à Rome, des raisons spéciales, fondées sur le caractère strictement personnel de la créance, s'opposaient à cette solution ; mais les mêmes raisons n'existaient plus dans l'ancien droit, et un progrès plus conforme aux besoins économiques aurait pu être accompli de ce côté. Au lieu d'y songer, les commentateurs n'ont pas cherché à se dégager des liens d'une tradition dont le sens

leur échappait et qui n'était susceptible de s'expliquer que par des particularités propres à la législation romaine.

Cependant, il ne faut pas être injuste vis-à-vis de l'interprétation médiévale ; si elle ne s'est pas élargie au point de maintenir la dette ancienne tout au moins jusqu'à l'époque où le créancier recevrait satisfaction du débiteur nouveau, elle est arrivée cependant à une certaine conception de la novation qui n'était pas en désaccord avec le crédit. Si la notion de la succession à la dette par l'effet de la novation lui est restée toujours étrangère, en raison de l'extinction automatique du premier lien obligatoire résultant de l'*animus novandi* contenu dans l'obligation, elle est cependant arrivée à assimiler, dans une certaine mesure, la novation à une dation en paiement, le créancier étant censé recevoir en paiement de la dette ancienne une obligation nouvelle qui la remplace (Gaudemet, p. 220 et les autorités citées, note 1.) Dans son *Traité des obligations*, Pothier se prononce nettement dans le sens de l'assimilation de la novation à la dation en paiement, lorsqu'il écrit que « le consentement que donne le créancier à la novation de la dette, étant quelque chose d'équipollent, quant à l'extinction de la dette, au paiement qui lui en serait fait, il suit qu'il n'y a que ceux à qui on peut payer valablement qui puissent faire novation de la dette (*Traité des obligations*, n° 590.)

D'ailleurs, les jurisconsultes romains eux-mêmes avaient quelquefois remarqué l'analogie de la novation avec la dation en paiement (*Solvit et qui reum delegat*, loi VIII, par 3. Dig. XVI, 1).

Ce rapprochement s'expliquait à Rome ; parce que la novation avait pour résultat de mettre des garanties nouvelles à la disposition du créancier et de lui assurer notamment le bénéfice de la *condictio*, procédure énergique qui rendait le paiement plus certain. Il y avait là un effet analogue à celui que produit aujourd'hui la lettre de change, qui procure au porteur des sanctions particulièrement énergiques à défaut de paiement à présentation. Mais, à Rome, ce rapprochement avait été formulé surtout entre la dation en paiement et la délégation.

Les romanistes de l'ancien droit, par suite de la confusion qu'ils commettaient entre la novation et la délégation, généralisèrent l'assimilation et déclarèrent que toute novation équivalait nécessairement à une dation en paiement (Gaudemet, p. 222.) Ce fut ainsi que les jurisconsultes de l'ancienne France arrivèrent à changer la physionomie de la novation romaine ; celle-ci était purement un mode d'extinction de la dette primitive, parce que l'emploi de la stipulation comme mode de réaliser l'opération, aboutissait à l'anéantissement de la dette ancienne et à la création d'une obligation nouvelle ; seulement, à partir du xvi^e siècle, la novation est envi-

sagée non plus comme une opération extinctive, mais comme équivalent à une dation en paiement.

Cette évolution ne fut pas purement théorique ; elle aboutit à des résultats pratiques ; elle permit de donner une extension nouvelle à la notion de novation, d'y comprendre des hypothèses que les jurisconsultes romains n'auraient jamais considérées comme des novations. On disait, par exemple, qu'il y avait novation de l'obligation primitive du dépositaire à la suite de la conversion d'un dépôt ordinaire d'argent ou de choses fongibles en un dépôt irrégulier.

Par là, le crédit se trouvait satisfait ; toutes les fois, en effet, qu'une institution s'assouplit en vue de faciliter le règlement des rapports d'affaires entre les hommes, on ne peut nier qu'il y ait un perfectionnement législatif. Or, un débiteur qui manquait de capitaux disponibles, mais qui possédait dans son patrimoine une créance, pouvait se libérer vis-à-vis de son créancier en lui procurant l'engagement de son propre débiteur ; les relations commerciales en étaient facilitées, car le commerce vit de crédit, et la marche des affaires serait impossible sans des institutions propres à faciliter le règne de la confiance entre les hommes. Le domaine de l'antique novation romaine s'élargit donc notablement.

Le droit romain n'aurait jamais considéré comme

une novation l'hypothèse où un débiteur convient avec son créancier, avant l'échéance de la dette, qu'il se libérera vis-à-vis de lui, en lui fournissant une prestation d'une autre nature que celle qui avait été promise.

La règle de l'identité d'objet s'y opposait. L'ancienne jurisprudence admit, au contraire, comme une opération valable, la substitution d'une dette nouvelle à une ancienne (Cf. Pothier, *Obligations*, n° 581.)

CHAPITRE II

La Novation dans le Code civil

Le Code civil n'a pas défini la novation. Il se contente, dans l'article 1271, de dire qu'elle s'opère de trois manières : 1° Lorsque le débiteur contracte avec un créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte ; 2° lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien, qui est déchargé par le créancier ; 3° lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien envers lequel le débiteur se trouve déchargé.

On peut dire que, dans l'ensemble, le législateur a consacré le système élaboré par l'ancien droit. A l'instar de l'ancien droit français, le Code civil a considéré la délégation parfaite comme formant un cas particulier de novation, et, de plus, la novation lui est apparue nettement comme une dation en paiement, comme une substitution d'une nouvelle dette

à une dette antérieure. Il a conservé, bien entendu, l'exigence de *l'animus novandi*, mais il s'est départi du formalisme qui, à certains égards, avait régné dans l'ancien droit sur la preuve de l'intention de nover. En effet, certains interprètes de la constitution VIII au Code, *De novationibus*, de Justinien, avaient compris ce texte comme subordonnant la validité de l'opération à une déclaration de volonté expressément manifestée ; il fallait que l'acte contint mention de *l'animus novandi*, pour que la novation fût extinctive de l'ancienne créance. En l'absence d'une pareille formalité, le débiteur primitif ne pouvait être déchargé que par le moyen d'une exception ; en d'autres termes, c'était à lui qu'incombait la preuve de l'opération intervenue (Cf. Gaudemet, p. 228 et s.)

A l'époque de Cujas, on se montrait très exigeant sur la nécessité de l'intention de nover, et il fallait que cette intention fût formellement exprimée. Ce formalisme fut adopté par Cujas (« Novationi faciendæ sufficiebat olim solus animus et tacita voluntas, nec erat opus voluntate expressâ. Hodie tamen ex constitutione Justiniani imperatoris, nunquam satis laudati, necesse est exprimi specialiter et nominatim novationis causa posteriorem interponi : alioquin prior stipulatio non novatur, sed priori accedit » (*Ad legem 58, de verborum obligationibus, opera omnia*, Ed. Venetiis et Mutinæ, 1756, 83). M. Gau-

demet rapporte même que le formalisme devint si rigoureux au sujet de l'intention de nover qu'on arriva à exiger l'insertion, dans l'acte, des mots *novandi animo*, lesquels acquirent dès lors la valeur de termes sacramentels.

Rien n'était plus contraire au progrès de la législation. Toutes les fois que la loi ordonne l'emploi de certaines expressions consacrées, pour la manifestation de la volonté dans un acte juridique, l'usage de la formule a sans doute l'avantage de supprimer toute incertitude sur l'intention poursuivie par les parties, mais il prive la plupart des citoyens de la faculté de recourir à cette formule qu'elle institue comme une garantie de leurs droits. Il faut, en effet, être très au courant de la pratique des affaires pour insérer dans une convention les termes sacramentels imposés par le législateur et tout individu qui n'est pas initié aux formules, ou qui est inhabile à les manier, agira prudemment en se faisant assister d'un homme compétent en matière de relations d'affaires.

Ces inconvénients du formalisme en matière de novation, au sujet de la preuve de *l'animus novandi*, n'ont pas tardé à soulever l'opposition de la doctrine et des Parlements. On déclara que le progrès du droit ne pouvait s'accommoder de l'appareil inutile des cérémonies antiques; un arrêt du Parlement de Paris, du 4 mai 1602 (Merlin, *Rép.* V^o *Novation*, § V),

accepta comme valable une novation où les parties s'étaient bornées à déclarer qu'elles voulaient se départir de la première obligation. D'Argentré était nettement hostile à l'exigence d'une expression formelle de l'intention de nover (sur l'art. 273 de l'ancienne coutume de Bretagne). Plus tard, Basnage (*Traité des hypothèques*, Rouen, 1681, chap. XVII) et Pothier pensaient également que la novation pouvait résulter de toute indication de volonté claire et précise. De même, Domat paraît bien décider qu'une expression quelconque de la volonté de nover suffit pour engendrer l'extinction de l'ancienne obligation ; d'après lui, « il n'y a jamais de novation par le simple effet d'une seconde obligation ; s'il ne paraît que le créancier et le débiteur ont eu l'intention d'éteindre la première ; car autrement les deux subsisteraient » (*Lois civiles*, Paris, 1777, Liv. IV, Tit. III, Section I). (Cependant M. Gaudemet semble compter Domat, à tort, croyons-nous, parmi les partisans du formalisme en matière d'*animus novandi*, p. 232 note 1).

Le Code civil, se conformant à la doctrine de la plupart de nos anciens auteurs, et aussi des jurisconsultes hollandais Voet et Vinnius (Cf. Gaudemet, p. 231, note 5), a répudié toute tradition formaliste. Les rédacteurs du Code ont pensé, avec raison, qu'il était inutile que le créancier et le débiteur déclarassent en termes précis et formels qu'ils entendaient effectuer une novation ; l'article 1273 décide,

à cet égard, que la novation existe dès que la volonté de l'opérer paraît évidente et résulte clairement de l'acte. Et la Cour Suprême est fixée en ce sens que la preuve de la novation n'est soumise à aucun mode spécial et peut être fournie à l'aide de simples présomptions accompagnées d'un commencement de preuve par écrit. (Cass., 12. déc. 1866. S. 68. 1. 70; D. 67. 1. 433. — 24 juillet 1883. S. 85. 1. 119.)

D'autre part, le Code civil a rattaché, comme l'ancien droit, la délégation à la novation. Seulement, à côté de la délégation parfaite, il a admis la délégation imparfaite des anciens jurisconsultes, c'est-à-dire celle qui respecte la dette ancienne, en maintenant l'obligation du débiteur primitif. Le système a donc reçu des perfectionnements ; mais, malgré eux, ils ne réalisent pas encore pleinement la succession à titre particulier à la dette.

Quoi qu'il en soit, il est certain que la novation moderne est beaucoup plus conforme aux besoins du crédit que l'institution romaine correspondante. D'après notre Code civil, la novation joue, à l'époque contemporaine, un triple rôle : 1^o elle peut servir de dation en paiement. Par exemple, en raison des changements survenus dans l'état du marché, un négociant convient avec un de ses correspondants qu'au lieu de lui livrer, comme il était convenu, des marchandises de telle espèce, il se libérera par la prestation d'objets d'une autre nature. Dans ce cas,

le créancier et le débiteur restent les mêmes ; l'objet seul de la dette est changé : l'opération est parfaitement valable, alors qu'elle était totalement inconnue en droit romain ;

2° Un créancier a un débiteur qui est dans une situation telle que des poursuites immédiatement engagées contre lui auraient pour résultat d'ébranler son crédit et d'amener une catastrophe, alors que la concession d'un délai permettrait au débiteur de se rétablir dans ses affaires. Celui-ci trouve heureusement un tiers de bonne volonté qui s'engage à désintéresser le créancier ; il y a alors novation par changement de débiteur. Cette opération peut être elle-même, suivant les cas, soit une expromission, soit une délégation (parfaite ou imparfaite).

Enfin : 3° Il est possible que le débiteur et l'objet de la dette restent les mêmes, mais c'est la personne du créancier qui change ; il y encore novation dans cette troisième hypothèse ; seulement on peut dire que cette opération est presque totalement inconnue dans la pratique, car une cession de créance permettrait de réaliser bien plus commodément et efficacement l'opération.

De cette triple fonction économique de la novation se dégage cette idée que la volonté des parties joue un rôle dominant dans l'opération, sous le Code civil, sans qu'il soit besoin d'autre condition. De même que la volonté suffit à lier les contractants

dans le rapport obligatoire, de même elle suffit à les délier.

Par là s'aperçoit la grande différence entre la théorie romaine de la novation et la théorie française : l'idée fondamentale à Rome était que la novation n'était susceptible de s'accomplir qu'en observant les cérémonies consacrées de la stipulation ou du contrat *litteris*. Elle était essentiellement, dans cette législation, un mode d'extinction des obligations ; aujourd'hui, elle se propose un tout autre but, ou du moins la conception ancienne n'est plus absolument exacte. En réalité, la novation fonctionne aujourd'hui surtout pour changer l'objet de la dette ; elle constitue donc une variété de la dation en paiement : le créancier est désintéressé en recevant un nouveau titre de créance à la place de l'ancien. On comprend, dès lors, que la novation ait disparu de la liste des procédés d'extinction des obligations dans certaines législations modernes, comme le Code civil allemand § 364, al. 2, §§ 414-419, §§ 398-411.

Comme le dit très bien M. Hubert, « notre novation actuelle n'a plus guère que le nom de commun avec la novation d'autrefois. Celle-ci fut imaginée, en droit romain classique, sous l'influence de circonstances qui ont complètement disparu. Aussi ne s'est-elle conservée qu'en se transformant radicalement. Des conditions auxquelles elle était primitivement

subordonnée, *stipulatio, idem debitum*, etc., il n'en est aucune qui soit encore admise aujourd'hui. Au contraire, l'*animus novandi* qui, très certainement, ne fut pas d'abord exigé, est devenu l'âme de notre novation moderne. Seulement on ne s'est point avisé que cela enlevait à la novation toute raison d'être en tant qu'acte juridique *sui generis*.

Elle n'est plus maintenant, au fond des choses, qu'un pacte de remise à titre onéreux, qu'une sorte de *datio in solutum*, dans laquelle, au lieu de payer *rem pro re*, on donne en paiement une nouvelle obligation » (*De la délégation*, p. 71. — V. dans le même sens Gide, p. 4, 48, 81. — Huc, *Commentaire théor. et pratiq. du Code civil*, t. VIII, n° 108. — Planiol, *Tr. de Dr. civil*, 4^e éd., 1907, t. II, n° 530. — Bendant, *Cours de Dr. civil français* « Les contrats et les obligations », n° 838.) De même M. Saleilles a écrit : « La novation-substitution de notre droit français est une institution qui ne constitue pas un acte juridique indépendant ; elle n'est en somme que la combinaison de deux actes successifs dont le rapprochement n'offre rien de particulier. La novation du droit français n'est que la constatation d'un résultat qui se fut produit sans que la loi eut à intervenir, par le seul fait de la libre convention... En tant qu'institution juridique spéciale, elle doit par conséquent disparaître de nos Codes. » (« De la cession de dettes. » *Annales de droit commercial*, 1890, 2^e partie, p. 1.)

Après ces idées préliminaires, pour comprendre le rôle moderne de la novation, nous allons étudier rapidement la réglementation de cette institution dans le Code civil. Nous procéderons à une synthèse plutôt qu'à une étude détaillée, car l'objet de notre travail n'est pas de nous livrer à un commentaire approfondi des textes, méthode qui se comprend dans les traités ou dans les répertoires, mais qui ne nous paraît plus aujourd'hui appropriée aux thèses, où l'on doit s'efforcer plutôt de marquer les transformations successives et l'orientation des idées juridiques actuelles, surtout en ce qui concerne une institution à propos de laquelle toutes les difficultés ont été à peu près élucidées. Puis, après avoir examiné les règles de la novation d'après le Code civil, nous étudierons ses rapports avec quelques autres institutions qui se proposent également pour objet le règlement d'une dette autrement que par un transport de numéraire.

§ 1. — *Règles de la novation dans le Code civil*

Les explications sur ce point peuvent être concentrées autour de trois idées principales : 1° d'une part, puisque la novation est, dans notre droit, une opération qui repose avant tout sur la volonté des parties et qui n'est plus soumise à aucune forme spéciale, il importe de la distinguer d'autres opéra-

tions juridiques qui ne produisent pas les effets de la novation ; 2° ensuite, quels sont les effets propres de la novation ; 3° et enfin quelles sont ses conditions de régularité.

I. — Du moment que la novation est semblable à la dation d'une nouvelle créance en paiement de l'ancienne, il importe de la distinguer d'opérations nombreuses où un changement est apporté à la dette, sans qu'il y ait extinction de la créance ancienne et remplacement de l'ancienne créance par une nouvelle. On serait, en vertu de l'idée que le domaine de la novation s'est élargi au cours des siècles, porté à croire que la conversion d'une dette en une autre constitue toujours une novation. En réalité, il est loin d'en être ainsi : certaines conversions de dette constituent des novations, mais d'autres, plus nombreuses encore, n'en constituent pas. L'intérêt de cette distinction consiste dans la réserve des sûretés qui garantissaient le paiement de la créance primitive. Sans doute, la volonté des parties est ici maîtresse, et il convient d'examiner avant tout, en interprétant l'opération, s'il y a eu intention de nover et si le changement, apporté par les parties au rapport juridique qui les unissait, entraîne ou non extinction de l'obligation ancienne. Mais on peut adopter d'une manière générale le critérium suivant : si le changement intervenu n'a pas pour effet d'atteindre l'obligation en elle-même en modi-

fiant ses éléments essentiels et constitutifs, mais seulement de changer les modalités, les conditions ou les garanties d'exécution, la forme du titre, etc., le changement n'a pas pour résultat d'engendrer une novation.

Voici quelques applications de cette idée générale. La créance primitive étant pure et simple, le créancier consent à accorder un terme au débiteur. La prorogation ou la réduction du terme n'opère pas novation.

L'époque de l'exigibilité est changée, mais la dette elle-même n'est pas affectée par le terme (Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, 4^e édit., t. IV, § 324, texte et note 32. — Beudant, *Contrat et obligations*, n^o 840. — Planiol, *Traité*, t. II, n^o 541.)

Nous dirons également que le règlement d'une dette de numéraire par une remise d'effets de commerce n'entraîne nullement novation. Cette hypothèse est assez pratique.

Il arrive souvent que la souscription d'un effet de commerce est motivée par l'existence d'une obligation déjà formée et à l'acquittement de laquelle l'effet souscrit est destiné.

Par exemple, un immeuble est vendu et l'acheteur tire une lettre de change au profit de son vendeur, ou lui souscrit un billet à ordre. On serait tenté de croire qu'il y a novation, le créancier acceptant de se contenter des avantages que lui offre l'effet de

commerce, et renonçant aux bénéfices, tels que privilège de vendeur ou droit de résolution, que lui procurait son ancienne créance. Mais la jurisprudence admet ici une autre solution ; elle considère qu'il ne s'est pas produit de novation, parce que, en l'absence de toute stipulation explicite, il est peu vraisemblable que le créancier ait renoncé aux garanties attachées à son titre primitif. La quittance qu'il donne en acceptant de pareils effets n'a donc qu'un caractère de quittance conditionnelle. Si la lettre de change ou le billet à ordre ne sont pas payés à l'échéance, le créancier restera nanti de ses sûretés originaires (Cf. Cass., 28 avril 1900. D. 1901. 1. 17 et Arthuys, « Examen doctrinal de jurisprudence commerciale. » *Revue critique*, 1902, p. 221 et suiv.)

Il ne s'agit en somme que d'une mesure prise en vue d'assurer l'exécution plus rapide de l'obligation primitive.

De même, le créancier qui a obtenu un jugement contre son débiteur et qui poursuit l'exécution de ce jugement ne doit pas être considéré comme procédant en vertu d'un titre nouveau, qui, par une novation, se serait substitué à l'ancien. Notre droit ne connaît plus rien de semblable à la théorie romaine de la *litis contestatio*, et la solution moderne diffère, sur ce point comme au sujet du terme, de celle qui serait intervenue à Rome (Girard. *Manuel*, p. 695.)

Il n'y aurait pas non plus novation dans les hypothèses où des dettes d'origine diverse seraient passées dans un compte général. Ce compte, portant inscription de dettes différentes, n'a pas pour résultat de les nover; c'est une simple opération de comptabilité qui n'affecte pas les dettes qui y sont relatées, mais se borne à faciliter la liquidation des rapports d'affaires des deux parties en présence (Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 2^e éd., t. IV, n^{os} 784 et s.)

Toutefois, il en serait autrement si ce compte général présentait les caractères d'un compte courant, mode particulier de comptabilité qui absorbe les obligations qu'on y fait entrer et emporte novation pour toutes les opérations auxquelles il s'étend (Thaller. *Traité*, 3^e éd., n^o 1664.)

L'augmentation ou la réduction de la dette n'entraîne pas non plus novation; elle constitue seulement pour la partie réduite ou augmentée soit une remise de dette, soit un paiement, soit un engagement nouveau (Beudant, n^o 839.)

Toujours en vertu du même critérium, il faut dire que la constitution ou la suppression de garanties telles qu'une caution, un gage ou une hypothèque, n'affecte pas la dette en elle-même et ne l'empêche pas de subsister; il ne saurait donc en résulter une novation (Chambéry, 20 mars 1868. D. 68.2.192.) Ou encore la stipulation ou la suppression d'intérêts

postérieurement au contrat n'emporte pas novation, du moins en général (Laurent. *Principes de droit civil*, t. XVIII, n° 272.) Dans des hypothèses de ce genre, le droit romain, en raison de sa conception formaliste de la novation, considèrait, au contraire, que celle-ci s'était opérée (Girard, p. 695.)

Enfin, en supposant que le créancier cède son droit (c'est, par exemple, un vendeur qui transporte son droit au prix), il n'y a pas novation, parce que cette cession n'a pas pour effet de substituer une dette nouvelle à la dette ancienne ; un nouveau rapport de droit n'a pas été créé ; il y a eu seulement remplacement d'une personne par une autre dans un rapport juridique identique. Si, dans tous ces cas et autres semblables, on s'est préoccupé de la question de savoir s'il y avait ou non novation, c'est en raison des intérêts que soulève ce problème. Ceci nous amène à parler brièvement des effets de la novation.

II. — L'intérêt de toute cette distinction consiste, en effet, dans les conséquences produites par la novation : l'obligation antérieure est éteinte et remplacée par une obligation nouvelle ; par suite, le caractère de la nouvelle créance peut être différent de celui de l'ancienne. Par conséquent, en éteignant la créance préexistante, la novation a supprimé du même coup les accessoires de cette créance (privileges, hypothèques, cautionnement, solidarité ; art. 1278, 1280, 1281). Donc, s'il y a novation, la nou-

velle créance, ne bénéficie pas forcément de toutes les sûretés qui rendaient plus énergique le lien primitif de l'obligation. Mais, bien entendu, aujourd'hui comme à Rome, une convention quelconque pourra en prévision de cette éventualité, réserver les garanties de la première obligation, pour les transférer à la deuxième. Il en est ainsi des privilèges et hypothèques de l'ancienne créance (art. 1278) pourvu, toutefois, que ces sûretés aient été constituée par le débiteur lui-même. Mais, si l'hypothèque avait été constituée comme garantie de la créance ancienne par un tiers, l'intervention de ces tiers à l'opération et son consentement seraient nécessaires pour que la garantie passât à la nouvelle créance. De même le créancier ne conserverait d'action contre la caution ou contre les débiteurs solidaires de la dette primitive qu'avec le consentement de ceux-ci (Cf. Planiol, t. II, n° 550.)

III. — En vertu de l'importance des effets produits par la novation, il convient d'indiquer rapidement quelles sont ses conditions de régularité et dans quelles hypothèses elle intervient. Trois hypothèses sont envisagées par l'article 1271 ; elles sont toutes dominées par l'idée que la novation existe quand les parties l'ont entendu et voulu. Le premier cas, prévu par l'article 1271, est relatif à la novation objective ; les deux autres sont des cas de novation subjective.

En d'autres termes, la novation a lieu par changement de dette, de débiteur ou de créancier.

1° *Changement de dette.* — Elle intervient sans que le créancier et le débiteur cessent d'être les mêmes ; il en sera ainsi toutes les fois que le créancier et le débiteur auront, d'un commun accord, convenu de ce résultat. A la différence du droit romain, et de la tendance qui s'était manifestée à une certaine époque de notre ancien droit, la loi n'exige nullement l'emploi de termes sacramentels ; il suffit que la volonté de nover soit clairement exprimée (art. 1273). Le mot de « novation » n'a même pas besoin d'être employé, s'il résulte manifestement des circonstances qu'il y a incompatibilité absolue entre la dette ancienne et la dette nouvelle. Par exemple, une personne est débitrice de loyers arriérés, et le propriétaire convient de laisser à son locataire, à titre de prêt, le montant des loyers dus ; ou encore le créancier d'une rente laisse les arrérages échus entre les mains du débiteur à titre de capital, à charge de lui en servir les intérêts. La seconde opération qui est intervenue entre les parties est un prêt, et, la dette étant nouvelle, il y a novation. Une des utilités de cette opération existe au point de vue de la prescription (les loyers se prescrivent par cinq ans, art. 2277, tandis que les sommes prêtées ne se prescrivent que par trente ans, art. 2262. (Cf Beudant. — *Contrats et obligations*,

n° 8 8). C'est à ce point de vue que se rencontre la principale différence avec le droit romain, qui n'admettait pas la possibilité de changer l'objet dû. A l'inverse de la novation antique, la novation moderne a pour principale fonction le changement de l'objet de la dette.

2° *Changement de débiteur.* — Le changement de débiteur ne constitue pas toujours, au point de vue terminologique, une novation. Il faut distinguer, en effet, l'expromission et la délégation, et, d'autre part, retenir que la délégation imparfaite ne constitue pas en droit une novation proprement dite.

L'expromission, d'abord, désigne l'opération dans laquelle un tiers s'engage à payer spontanément à la place du débiteur. Il suffira, pour que la substitution se réalise, que le créancier y consente et donne décharge au débiteur.

Dans les rapports réciproques du nouveau débiteur et de l'ancien, la novation ainsi intervenue est assimilable à un paiement que le tiers aurait fait au créancier, au nom et en l'acquit du débiteur. Le nouveau débiteur, ayant, par son intervention, libéré l'ancien, possédera un recours contre lui, soit par une action de gestion d'affaires, soit par une action de *in rem verso* (Cass., 28 mars 77. D. 1877. I. 501. ; S. 77. I. 255.)

La délégation est une opération juridique qui est infiniment plus fréquente à l'époque contemporaine

que l'expromission, et que l'on retrouve dans les hypothèses les plus variées. Il y a délégation, d'après le Code civil, lorsqu'une personne, le délégant, présente à une autre personne, le délégataire, un troisième individu, le délégué, qui deviendra directement le débiteur du délégataire (Cf. art. 1275 et 1276.) On peut considérer l'opération comme un mandat : le délégant donne mandat au délégué de s'engager vis-à-vis du délégataire. Dans la pratique, le délégué est déjà le débiteur du délégant, et celui-ci, pour s'acquitter envers son propre créancier, lui vend la créance qu'il possède.

Finalement, la délégation correspond à une double novation : il y a novation par changement de débiteur dans les rapports entre le délégant et le délégataire, et novation par changement du créancier entre le délégant et le délégué.

Ainsi comprise, la novation ne peut être une délégation que s'il y avait coexistence d'obligations antérieures entre les parties et intention réciproque chez elles de les éteindre, pour ne laisser subsister que l'obligation nouvelle (Planiol, t. II, n° 553.) En d'autres termes, la délégation n'opère novation que si elle est parfaite, c'est-à-dire que si elle libère le débiteur originaire que le créancier consent à décharger.

En définitive, l'indication faite par le débiteur

d'une personne qui paiera à sa place peut donner lieu à trois hypothèses différentes :

a) Le débiteur, d'abord, peut avoir désigné un individu qui est chargé de payer à sa place, sans que celui-ci devienne débiteur. L'auteur de la délégation reste seul obligé. Il ne saurait y avoir ni novation ni délégation ; l'article 1277 alinéa 1 déclare, à ce sujet, que la simple indication faite par le débiteur d'une personne, qui doit payer à sa place n'opère point novation. L'individu indiqué est un *adjectus solutionis gratia* :

b) On peut supposer que le créancier accepte le délégué comme débiteur. Le délégué est tenu alors de payer la dette, mais le délégant demeure aussi débiteur. C'est la délégation imparfaite, qui n'entraîne pas de novation, et qui équivaut, en réalité, à une opération de garantie, analogue au cautionnement ou à la solidarité.

Il y a adjonction et non substitution d'un débiteur nouveau au débiteur primitif. Ainsi comprise, la délégation n'offre plus aucun rapport avec la novation ; elle est cependant beaucoup plus pratique que la délégation parfaite, car les créanciers ne se soucient pas de changer de débiteur, à moins d'y trouver un avantage. On voit combien le Code civil s'est éloigné à cet égard de la solution romaine.

Enfin : c) Il se peut que le délégataire accepte le délégué comme débiteur en déchargeant complète-

ment le délégant. Dans ce cas, on est en présence d'une délégation parfaite et normale qui opère substitution d'un débiteur nouveau au débiteur primitif et produit véritablement les effets d'une novation ; mais, pour que la délégation engendre une pareille conséquence, il faut, déclare l'article 1275, qu'elle soit expresse, ce qu'on traduit en disant que la volonté de nover doit clairement résulter des circonstances (Planiol, t. II, n° 555). L'obligation ancienne est alors éteinte ; le délégant est absolument hors de cause ; par rapport à lui, le délégataire est irrévocablement désintéressé par la cession de la créance contre le délégué ; peu importe que ce dernier devienne, par la suite, insolvable ; c'est désormais au délégataire à supporter les conséquences de l'insolvabilité. Toutefois, l'article 1276 réserve, dans deux hypothèses, le recours du créancier délégataire contre le débiteur précédent : d'abord, en cas de stipulation expresse ; puis dans l'hypothèse où le délégué était déjà, lors de l'opération, et à l'insu du créancier, en faillite ou en déconfiture. Il y a alors erreur manifeste de la part du délégataire qui n'a donné son consentement que parce qu'il ignorait la situation véritable.

3° *Changement de créancier.* — Le débiteur et la dette restent les mêmes, mais c'est le créancier qui change ; cette situation peut se rencontrer, d'ailleurs, sans qu'il y ait novation.

Tel serait le résultat de la cession de créance ou d'un paiement avec subrogation. Dans ces deux hypothèses, la créance ne change pas ; elle est simplement transportée d'un créancier à l'autre (et surtout, différence essentielle avec la novation, le créancier nouveau bénéficie de toutes les garanties dont jouissait l'ancien). Au contraire, lorsqu'il y a novation, les garanties disparaissent avec la créance elle-même.

Il y aura novation par changement de créancier toutes les fois que les parties l'aient formellement voulu ; tout se réduit à l'interprétation de leur volonté. Du moment que celle-ci s'est exprimée clairement, ou résulte, à n'en pas douter, des circonstances, on dira que la substitution d'un créancier nouveau à l'ancien présente le caractère d'une novation. Mais, dans la pratique, la novation par changement de créancier est des plus rares.

Cette description générale de la novation, d'après le Code civil, démontre, au point de vue des conditions de régularité, que :

1° Pour que la novation puisse s'opérer, il ne suffit pas, selon les termes de l'article 1272, qu'elle ait lieu entre personnes capables de contracter, il faut de plus que le créancier ait la capacité de disposer, puisque la novation, entraînant l'extinction de l'ancienne obligation, constitue l'aliénation d'un droit ;

2° Etant donné que les deux faits qui, par leur

concomitance, constituent la novation (extinction de l'obligation ancienne, création de l'obligation nouvelle) sont indissolublement liés l'un à l'autre, l'extinction de la première obligation est subordonnée à la formation valable de la nouvelle, et inversement la nouvelle créance ne prendra naissance que moyennant l'anéantissement de l'ancienne. Car, dans le système du Code, qui demeure fidèle à la tradition romaine, les parties ont voulu à la fois éteindre une obligation et en créer une nouvelle. Cette remarque donne la clef d'un certain nombre de difficultés.

C'est ainsi que, si la première obligation n'existe pas, par exemple si elle a une cause illicite, la seconde ne se forme pas (telle serait l'hypothèse d'une délégation pour l'acquittement d'une dette de jeu). Mais il suffit que la première obligation existe, et il n'est pas nécessaire qu'elle soit valable, pour que la novation soit possible ; en effet, le paiement d'une dette annulable intervenue en pleine capacité et avec connaissance de cause (art. 1338) ne peut être critiqué ; or, la novation n'est autre chose, dans la conception moderne, qu'une sorte de dation en paiement. De même, une obligation naturelle peut être novée, puisqu'elle est susceptible d'être volontairement acquittée. On peut encore supposer que l'obligation primitive était affectée d'une condition ; alors en cas de novation, la seconde sera nécessairement

affectée de la même condition (Cf. sur tous ces points : Planiol, t. II, n^{os} 534 et s.).

Enfin, on s'est demandé si on pouvait nover une créance éventuelle. (On entend par là un droit auquel manque un certain élément pour qu'il devienne un droit pur et simple, soit la volonté d'un des contractants, soit un consentement non encore donné, soit une autorisation, etc. (Demogue. « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance. » *Rev. trim. de droit civil*, 1905, p. 623 et s. — « De la nature et des effets du droit éventuel », même Revue, 1906, p. 231 et s.) L'affirmative n'est pas douteuse. De même que la novation est possible à l'égard d'une obligation naturelle ou d'une obligation conditionnelle, de même le fait de remplacer une obligation éventuelle par une obligation pure et simple est absolument licite. La Cour suprême a reconnu la validité de cette opération, au sujet d'une cession d'actions qui avait eu lieu antérieurement à l'émission ; l'arrêt attribue à cet acte le caractère d'un contrat éventuel (Cass., 22 déc. 1885. S. 87. 1. 163.)

Inversement, une première dette valable pourrait-elle être novée en une obligation annulable ? Il faut répondre que tout dépend du point de savoir si la nullité sera demandée, ou si ceux qui ont le droit d'agir en nullité y renonceront en confirmant l'obligation, ou en laissant s'écouler le laps de temps à l'expiration duquel ils ne pourront plus exercer leur

action. Alors, de deux choses l'une : si l'obligation annulable est anéantie, il n'y aura jamais eu novation, mais l'ancienne obligation subsistera, puisque son extinction était subordonnée à la formation d'un engagement nouveau. Si, au contraire, l'obligation nouvelle, annulable, est ultérieurement confirmée, on n'aperçoit pas pour quel motif la novation pourrait être critiquée. Toutefois, il n'y aurait pas novation, s'il résultait clairement de l'acte que l'intention des parties a été de changer une obligation valable en une obligation soumise à une condition éventuelle d'annulabilité. On serait alors en présence d'une convention aléatoire d'un genre particulier (Aubry et Rau. *Cours*, 5^e éd., t. IV, p. 350.)

Telle est l'analyse rapide des règles fondamentales qui gouvernent la novation sous l'empire du Code civil. Elle permet d'apercevoir toutes les différences qui séparent la novation actuelle de la novation antique. Le droit romain se caractérise par la règle, qui a persisté jusqu'à la fin de l'Empire, de l'identité d'objet. C'est là une conséquence de la conception primitive de l'obligation, qui a un caractère personnel bien plus que patrimonial. Le Code civil est parti d'un principe tout opposé. Le changement du débiteur, déclare M. Demolombe, c'est nécessairement le changement de la dette (*Traité des contrats*, t. V. n^o 305.) La novation n'est plus principalement un mode d'extinction des obligations ; elle est surtout

une dation en paiement, puisqu'elle consiste dans la substitution à une dette d'une autre dette que le créancier accepte en paiement de la première (« le débiteur paie avec une obligation », Demolombe, *Traité des contrats*, t. V, n° 231). Cette conception exerce des conséquences sur les garanties qui entouraient la créance primitive ; l'opération, étant semblable à un paiement, a pour résultat de décharger les cautions ou les codébiteurs solidaires et de détruire également les sûretés réelles, sauf la possibilité d'une convention particulière les réservant. On peut affirmer qu'à cet égard les effets de la novation française laissent encore à désirer au point de vue du crédit, car une théorie logique de la transmission de la dette conduirait à présumer le maintien des sûretés, sans qu'il soit besoin d'une réserve expresse par le créancier. Aussi les procédés de transport des dettes ne consistent pas seulement à notre époque dans la novation par changement de débiteur, et il existe des opérations analogues au sujet desquelles il convient de présenter quelques explications.

§ 2. — *Rapports de la novation avec certaines institutions ayant un objet analogue*

La novation par changement de créancier présente d'abord des analogies avec certaines institutions similaires (cession de créance, paiement avec subro-

gation). Dans ces deux hypothèses également la créance ne change pas ; elle est simplement transportée d'un créancier à un autre ; seulement il existe des différences profondes entre les deux institutions, notamment au point de vue des garanties. Quoiqu'il en soit, la question se pose, dès lors, de savoir dans quels cas il y aura novation, et dans quels cas cession de créance. La réponse est que tout se réduit à une interprétation de volonté. Si l'intention des parties s'est manifestée d'une manière précise, dans le sens d'une novation, ou si l'opération résulte clairement des circonstances, alors la substitution d'un créancier nouveau à l'ancien présentera tous les caractères d'une novation.

La comparaison avec la cession de créance révèle les différences suivantes : 1° Pour la novation, le consentement du débiteur est nécessaire ; la cession de créance est, au contraire, possible même sans le consentement du débiteur ; 2° La novation se réalise par le seul concours de deux volontés semblables. La cession de créance, pour être opposable aux tiers, nécessite l'observation de l'une des formalités prescrites par l'article 1690. Cette différence est constante en jurisprudence (Cass., 23 nov. 1898. D. 99. 1. 21). 3° Et surtout, dans la cession, le créancier nouveau conserve les garanties qui appartenaient à l'ancien ; au contraire, lorsqu'il y a novation, les

garanties du recouvrement disparaissent avec la créance elle-même.

Différente de la cession de créance, la novation par changement de créancier ne peut non plus être assimilée avec le paiement accompagné de subrogation. La subrogation est une opération qui, par rapport au subrogeant, présente les caractères d'un paiement. Le créancier primitif ne consent à disparaître qu'après avoir obtenu satisfaction, et les garanties accessoires de la créance deviennent utilisables au profit du nouveau créancier. Dans la novation, au contraire, ces garanties s'évanouissent avec l'ancienne obligation.

Mais, quelle que soit la variété de ces hypothèses, un principe général les domine toutes. Les derniers vestiges du formalisme romain, en matière d'*animus novandi*, ont ici complètement disparu, et c'est avant tout l'intention des parties qu'il faut consulter pour apprécier la nature juridique de l'opération qui est intervenue. La novation, tout au moins au point de vue du créancier, est un acte grave en soit, parce qu'elle constitue, de la part de ce dernier, une renonciation à son droit originaire, et à toutes les sûretés qui en garantissaient la réalisation. Une semblable renonciation ne saurait être admise, que si l'intention du créancier est dénuée de tout équivoque.

Si les analogies avec une institution voisine sont faciles à apercevoir, c'est surtout en ce qui concerne

la délégation. Celle-ci peut être aisément comparée à la stipulation pour autrui. Elles présentent d'abord ce premier trait de ressemblance que toutes deux se proposent comme but le transfert d'une dette d'un patrimoine à un autre.

A... débiteur de B... veut transporter son obligation à C... il stipule de C... que ce dernier acquittera la dette. Par là, B... va acquérir une créance contre un nouveau débiteur, et le paiement fait par ce dernier libérera l'ancien (Lambert. *Du contrat en faveur des tiers*, Paris, 1893.) Dans cette stipulation pour autrui, le créancier joue le rôle d'un tiers bénéficiaire ; c'est l'ancien débiteur qui stipule et le nouveau débiteur qui tient la fonction de promettant ; l'analogie avec la délégation s'aperçoit immédiatement, du moins en tant qu'il s'agit de la délégation imparfaite, qui laisse subsister les droits du créancier jusqu'au paiement contre le débiteur primitif.

Cependant, il ne faut pas perdre de vue que la structure des deux institutions n'est pas la même ; dans la délégation, le droit du délégataire dérive d'un contrat dans lequel il a lui-même figuré. Au contraire, dans la stipulation pour autrui, tout s'est passé en dehors du créancier ; il n'a joué aucun rôle dans l'opération ; il se trouve bénéficiaire d'une combinaison à laquelle il n'avait pas songé, et à la naissance de laquelle sa volonté n'a pris aucune part. C'est donc la personnalité des deux débiteurs qui

apparaît au même plan dans la stipulation pour autrui, tandis que le rôle du créancier s'efface et s'estompe. Aussi cette dernière opération ne s'est manifestée historiquement qu'après la délégation : dans les périodes primitives, où le consentement du créancier était indispensable pour toute modification apportée à la dette, cet instrument juridique ne pouvait pas jouer et en effet il n'a pris aucune part à Rome au développement de la transmission des dettes à titre particulier.

A Rome, un principe est demeuré certain : c'est qu'on ne saurait acquérir aucun droit par les contrats passés pour autrui. La règle *alteri stipulari nemo potest* n'a point été changée, parce qu'elle correspondait à la conception fondamentale de l'obligation pour les Romains. Celle-ci est un rapport personnel dont les deux termes doivent demeurer immuables. Peut-être aussi était-elle inspirée par le désir, marqué chez les Romains, de ne voir personne s'immiscer dans les affaires d'autrui (Cf. Girard, p. 46 et suiv.). « L'obligation étant un rapport individuel entre deux ou plusieurs personnes, on ne peut, même pour partie, en étendre le bénéfice ou la charge à un tiers ». (Cuq, T. II, p. 331.) Or, la stipulation pour autrui, formant une exception au principe de la personnalité des contrats, ne pouvait être admise par une législation soucieuse de conserver intact le rapport d'engagement né entre deux personnes.

L'ancien droit, au contraire, s'est montré favorable à l'extension de la stipulation pour autrui (Cf. Lambert, p. 238, 258.) Il a compris que l'opération présentait l'avantage de faciliter la création d'une action au profit du créancier contre le nouveau débiteur, lorsque l'hypothèse ne pouvait rentrer dans le cadre de la délégation. C'est ainsi qu'au début du xviii^e siècle Charondas-le-Caron se prononce en faveur de la validité de la stipulation pour autrui dans une espèce où des doutes s'étaient formés. Il s'agissait d'un contrat, aujourd'hui fort usuel, d'une vente, aux termes de laquelle l'acquéreur s'était chargé d'acquitter certaines dettes de l'aliénateur, et l'on contestait aux créanciers la faculté de se prévaloir de cette clause, en raison de la prohibition traditionnelle des stipulations pour autrui : « J'ai répondu, dit Charondas, qu'une telle subtilité ne peut exempter l'acheteur de payer les arrérages dont il a promis acquitter le vendeur envers son créancier. » (*Réponses du droit français*, Liv. X, Rép. 46.) A l'occasion d'une stipulation de ce genre, Loyseau déclare également que l'acquéreur d'un immeuble qui a pris à sa charge le service d'une rente constituée sur le fonds est personnellement obligé envers le crédit rentier attendu que la clause est une stipulation pour autrui valable, dès lors qu'elle présente un intérêt pécuniaire pour le stipulant (*Traité du déguerpissement*, Liv. IV, chap. IV, n^{os} 3 et s.)

A l'époque contemporaine, on a même exagéré fréquemment l'importance de la stipulation pour autrui, au détriment de la délégation. M. Lambert a écrit que « la vie juridique se retirait de l'article 11275 pour se reporter sur l'article 1121... La délégation se trouverait englobée dans la théorie plus générale de la stipulation pour autrui... Délégation imparfaite et stipulation pour autrui, ces deux termes s'appliquent à une seule et unique opération » (Lambert, n^{os} 208-214. — Worms. *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation*. Thèse de Paris, 1891, p. 122. — Garsonnet, note S., 92.1.297) ; en sorte que, seule, la délégation parfaite conserverait son individualité propre en face de la stipulation pour autrui. Mais il nous semble que l'affirmation est excessive, attendu que la stipulation pour autrui et la délégation sont séparées par des différences réelles.

La stipulation pour autrui n'est pas, comme la délégation, une convention ayant une existence propre ; elle n'a que la fonction secondaire d'une clause accessoire du contrat passé entre le stipulant et le promettant. Il n'y a que deux contractants et non trois, comme dans la délégation ; le rôle du tiers bénéficiaire est absolument effacé. Son activité propre intervient si peu au contrat que le droit naît à son égard avant même qu'il ait formulé une acceptation. Il suffit, pour le comprendre, de se référer à

la théorie traditionnelle de la stipulation pour autrui. Les travaux préparatoires du Code démontrent que le législateur ne s'est nullement proposé d'innover (Hubert, p. 98).

Par suite, c'est la convention qui est intervenue entre le promettant et le stipulant qui constitue la source juridique unique du droit né au profit du bénéficiaire. Le promettant sera donc fondé à opposer au bénéficiaire les causes de nullité ou de résiliation du contrat ; la jurisprudence lui refuse seulement la faculté de se prévaloir des exceptions provenant des causes de résolution. (Cass., 6 janv. 1888. S. 89. 1. 65. — Aubry et Rau, t. IV, § 343, texte et note 31.)

La délégation est régie par de tout autres principes : en dehors de toute clause contraire, le délégué n'est pas reçu à se prévaloir, à l'encontre du délégataire, des exceptions qu'il possédait contre le délégant. C'est que la délégation est devenue aujourd'hui une opération individualisée qui engendre des effets juridiques absolument indépendants de ceux qui résultaient de l'obligation primitive (Cf. Lambert, p. 117 et suiv.)

On sait que la résolution est toute cause de destruction du contrat autrement que par une nullité initiale ; elle suppose toujours que les parties ont donné au contrat un assentiment conditionnel, mais le contrat disparaît si telle éventualité prévue

se réalise. La résiliation désigne un accord spécial, postérieur à la conclusion du contrat et qui ne produit d'effet que pour l'avenir ; dans le passé le contrat subsiste. (Cf. Planiol, 4^e éd., n^{os} 1302 et suiv. ; et 1328 et suiv.)

D'autre part, dans la stipulation pour autrui, la valeur fournie par le tiers promettant au tiers bénéficiaire est considérée comme n'ayant jamais passé par le patrimoine du stipulant. De là résulte que la valeur procurée par le promettant au tiers bénéficiaire peut être très différente de celle dont le paiement incombait au débiteur primitif.

La stipulation pour autrui est de plus en plus aujourd'hui « un contrat par lequel un tiers acquiert *immédiatement*, selon l'intention des volontés contractantes un droit propre et indépendant » (définition donnée par M. Gareis. *Die verträge zu gunsten Dritter*, Wurzbourg, 1873, p. 32).

Au contraire, dans la délégation, le délégataire est censé recevoir du délégant lui-même la prestation que lui fournit le délégué. Bien qu'il y ait en réalité deux conventions, la prestation demeure unique ; le but de la délégation n'est point de faire un contrat nouveau ; son rôle se borne à faciliter des opérations de paiement. Il s'agit d'économiser un déplacement de fonds ; c'est là le but recherché par les sociétés contemporaines qui s'efforcent de régler le

plus grand nombre de relations d'affaires avec la moindre quantité de numéraire disponible.

La stipulation pour autrui se prête à un cercle d'opérations infiniment plus variées, mais qui n'ont certainement pas plus d'utilité économique. En voici une énumération rapide : la stipulation pour autrui peut d'abord avoir pour but l'imposition d'une charge à un ayant cause particulier : par exemple, dans un contrat de vente, il est entendu que l'acquéreur devra verser son prix entre les mains du créancier hypothécaire inscrit sur l'immeuble ; elle permet encore de passer un contrat dont le bénéfice sera recueilli par une personne future, puisque le droit qui en dérive naît sans le concours du tiers, et par le seul effet de la convention intervenue entre le stipulant et le débiteur. Une autre application très intéressante est l'assurance contenant l'indication d'un tiers bénéficiaire déterminé, par exemple l'assurance entre époux au profit du dernier survivant, le capital devant être payé à la femme si le mari précède. Dans le contrat de transport, l'expéditeur a stipulé pour le compte du destinataire, en ce sens que celui-ci est fondé à poursuivre le transporteur dans tous les cas où la responsabilité de ce dernier a été engagée en raison du contrat.

On peut dire que la doctrine contemporaine s'est servie de la stipulation pour autrui en vue de donner une explication rationnelle à un très grand nom-

bre d'actes juridiques qui n'ont pas été réglementés d'une manière spéciale par le législateur. C'est ainsi que les contrats passés par les personnes morales, notamment par les communes, contiennent fréquemment des réserves insérées au profit des membres de la collectivité (par exemple, à l'occasion de la concession de l'exploitation d'une canalisation d'eau ou de gaz accordée à une compagnie, il sera stipulé que les prix des quantités débitées aux habitants ne devront pas dépasser un certain chiffre). Sont encore des stipulations pour autrui, les clauses insérées dans les cahiers des charges passées par l'Etat ou des établissements publics avec des entrepreneurs, et destinées à assurer des conditions humaines de travail aux ouvriers (Cf. les décrets Millerand du 10 août 1899). De même encore la rédaction d'un contrat collectif de travail intervenu entre un syndicat ouvrier et un groupement patronal, pour déterminer les conditions auxquelles le travail devra répondre dans telle branche d'industrie, n'est qu'une application de la stipulation pour autrui ; les assurances contre les accidents collectifs du travail, en vertu de la loi du 9 avril 1898 et de ses compléments, constituent encore, dans une certaine mesure, des avantages conférés à des personnes qui ne sont pas intervenues au contrat primitif.

On peut affirmer, en résumé, que la stipulation pour autrui est, à l'époque contemporaine un des instru-

ments juridiques les plus perfectionnés, permettant d'utiliser les principes du droit des obligations, pour la satisfaction de besoins nombreux, provoqués chaque jour par la nouvelle conception des affaires.

La délégation ne saurait viser à un champ d'application aussi vaste. Devenue un instrument de paiement, dans un état social où le crédit est plus indispensable que la possession même du numéraire à la prospérité commerciale, elle ne saurait être transportée, sans perdre sa nature propre, en dehors de son domaine, qui est de faciliter le règlement de compte des affaires compliquées. Tandis que la stipulation pour autrui est un acte juridique nouveau, admirablement utilisé par la jurisprudence contemporaine comme un instrument d'élaboration du droit, la délégation conserve les caractères d'un acte antique, remontant aux plus anciennes traditions, mais dont l'objet, au cours des siècles, est invariablement resté le même : l'acquittement d'une dette antérieure.

Enfin, les deux opérations doivent encore être distinguées au point de vue du consentement : dans la stipulation pour autrui, d'après l'opinion qui prévaut en doctrine et en jurisprudence, la créance du tiers bénéficiaire naît spontanément, antérieurement à toute acceptation de sa part, et au moment même où l'accord des volontés se conclut entre le stipulant et le promettant. L'adhésion ultérieure donnée par le tiers n'a pas le caractère d'un acte créateur ; elle se

borne à conserver un droit acquis à son profit, en écartant désormais toute faculté de révocation. Au contraire, dans la délégation, aucun résultat juridique ne peut être atteint sans l'acceptation par le créancier. Il n'y a aucune distinction à établir à cet égard entre la délégation parfaite et la délégation imparfaite. Toutefois, comme dans cette dernière, l'engagement du débiteur primitif est maintenu à titre subsidiaire tant que la dette n'est pas acquittée, la jurisprudence admet plus facilement la présomption du consentement du créancier à l'opération.

Elle décide notamment que l'acceptation par le délégataire résulte suffisamment des poursuites intentées par lui contre le délégué, ce qui revient en fait à autoriser l'exercice du droit avant toute acceptation (Cass., 17 fév. 1879. S. 80. 1. 449.)

Quelques arrêts ont même reconnu valable l'acceptation de la délégation après la mort du délégant (Montpellier, 3 mai 1841. S. 41. 2. 532.) Toutefois la Cour suprême ne paraît pas admettre l'acceptation du délégataire après le décès du délégant (Cf. Lambert, p. 231.)

Cet aperçu nous autorise à conclure que la stipulation pour autrui et la délégation présentent des divergences capitales, de nature à prévenir toute confusion entre les deux institutions. Quant à leur origine, quant aux conditions de validité, au rôle économique, elles se placent nettement en antinomie ;

il y a, entre elles, toute la distance qui sépare un procédé créateur et un mode extinctif des obligations.

La délégation doit être encore distinguée d'une autre opération qu'on rencontre fréquemment dans la pratique. il s'agit de l'indication de paiement. L'article 1277 dispose à cet égard que la simple indication, faite par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place n'opère point novation.

La confusion a été cependant commise par M. Larombière. Le savant magistrat voit dans l'indication dont il s'agit une délégation imparfaite, que le tiers non présent peut accepter, mais seulement par une adhésion formelle : « Cette délégation imparfaite, dit-il, ne laisse pas de produire les effets qui lui sont propres. » (*Traité des obligations*, 2^e éd., 1885, sur l'art. 1277-2^o et 3^o.)

Mais il nous semble antijuridique de confondre le pouvoir de toucher, qui ne contient le germe d'aucun transfert de créance, avec la délégation imparfaite où se trouve en germe une offre de transmission, laquelle peut devenir définitive par l'acceptation du tiers à qui l'offre est faite. D'ailleurs, la délégation imparfaite met forcément en jeu trois personnes ; or, deux parties sont seulement en cause, lorsqu'une personne donne mandat à une autre de recevoir pour elle et en son nom la promesse ou le paiement d'une tierce personne (Cf. Hubert, p. 102.)

Cette coexistence de trois personnes doit-elle avoir

pour résultat de nous porter à conclure qu'en France, comme à l'époque romaine, la délégation se décompose en deux phases distinctes : l'une dans laquelle tout se passe entre le délégant et le délégué, le délégataire n'acquérant aucun droit, tandis que, dans la seconde phase (celle de l'exécution), interviendrait l'acceptation, par le délégataire, du délégué comme débiteur ? S'il en était ainsi, la délégation aurait conservé le caractère traditionnel qu'elle présentait dans le droit romain, où elle se composait de deux opérations juridiques différentes : la première consistait dans le *jussum* du délégant (invitation donnée au délégué de s'engager vis-à-vis du délégataire) ; puis un acte ultérieur était destiné à compléter l'acte préparatoire, la stipulation, par exemple, en vertu de laquelle le délégué se trouvait lié vis-à-vis du créancier.

Mais, aujourd'hui, il ne saurait être question de scinder ainsi la délégation en plusieurs actes distincts ; la circonstance qu'elle réunit trois contractants ne l'empêche pas de demeurer un acte simple. D'ailleurs, les auteurs, qui entrent dans la voie de la décomposition de la délégation en plusieurs actes successifs, se livrent à une analyse arbitraire ; pourquoi ne pas la subdiviser en trois actes secondaires, notamment si l'on voit un acte spécial dans la libération du délégant par le délégataire ? La décomposition en plusieurs actes distincts ne pouvait être

commandée que par le caractère formaliste de la législation romaine ; mais, aujourd'hui que l'accord des volontés est obligatoire par lui-même, l'emploi d'une pareille méthode, dépourvue de toute utilité pratique, ne pourrait être approuvée que par des théoriciens épris de procédés d'analyses arbitraires et subtils (Coviello, « Della successione ne debiti a titolo particolare » dans *Archivio Giuridico*, t. LVI et LVII, 1896-1897, notamment p. 357 et suiv. du t. LVII).

De toute cette analyse, nous concluons que la délégation, mode particulier de novation, n'est, comme la novation elle-même, qu'une sorte de dation en paiement ; son rôle est essentiellement d'opérer comme procédé de paiement. Même ainsi considérée, elle conserve encore un domaine suffisamment étendu pour qu'il soit possible d'en retrouver le fonctionnement dans de nombreuses institutions juridiques. C'est ce qu'il nous reste à montrer.

CHAPITRE III

Les applications modernes de la Novation et de la Délégation

Aujourd'hui, ce n'est point surtout sous son aspect juridique, mais bien quant à son rôle économique, que la novation doit être étudiée. Le mécanisme de la novation dans le Code civil est assurément intéressant à décrire, car il n'y a pas d'institution juridique qui mette en jeu au même degré les procédés d'analyse de la méthode logique. Mais, si perfectionnée que soit une théorie, elle ne correspond pas à une institution durable, si elle ne permet pas de donner satisfaction à des besoins pratiques, de simplifier la naissance ou l'extinction des rapports d'affaires entre les hommes. Ce reproche ne saurait être adressé à la novation ; pas plus sur ce point qu'en d'autres matières, notre Code n'est un recueil de règles dogmatiques et abstraites.

La délégation, aujourd'hui, n'est autre chose qu'une dation en paiement, c'est-à-dire une remise de valeur ; son domaine comprend donc les transferts et les cessions.

Trois combinaisons sont possibles, en effet, pour transmettre une valeur d'un patrimoine à un autre. Il se peut, d'abord, que le droit acquis par le nouveau titulaire soit absolument indépendant de celui qui appartenait à l'ancien, et demeure à l'abri de toutes les causes de déchéance qui étaient de nature à inquiéter le créancier primitif. Ce n'est pas alors le droit lui-même qui a été transmis, c'est la chose seule qui en était l'objet. A l'inverse, il est facile de concevoir un système dans lequel la transmission aura entraîné à sa suite les causes d'extinction qui menaçaient l'existence de la créance, de sorte que le droit nouveau n'est que le reflet de l'ancien et se modèle exactement sur lui dans ses conditions de validité ; il peut être notamment paralysé par les mêmes exceptions (Gide, p. 422.)

Dans cette seconde conception, pour caractériser la portée du transfert, on s'est référé absolument au droit de l'ancien titulaire ; il n'y a pas identité des droits de l'ancien et du nouveau créancier, mais tous deux sont construits de la même manière.

Enfin, au lieu d'un transfert de la chose détachée du droit, au lieu d'une transmission ne conférant au cessionnaire que les pouvoirs qui appartenaient à

l'ancien créancier, il est possible d'imaginer un autre procédé, en vertu duquel le droit antérieur lui-même, avec tous ses caractères, change de titulaire et passe d'un patrimoine dans un autre.

Le contenu du droit n'étant nullement modifié, il y a véritablement alors succession dans un rapport juridique, c'est-à-dire « transformation purement subjective d'un rapport de droit » (Savigny. *Traité de droit romain*. Trad. Guenoux, t. II, § 105, p. 8. — Gide, p. 432 et s.)

Ces trois opérations correspondent, en définitive, l'une à un transfert de valeur ; l'autre au transfert d'un droit déterminé ; la troisième est plus qu'un transfert : c'est une succession, parce qu'elle aboutit à faire sortir du rapport juridique, qui persiste objectivement, l'ancien titulaire auquel est substituée une autre personne. Le transfert est, lui-même, plus ou moins puissant dans ses effets, suivant qu'il aboutit seulement à transmettre l'objet du droit, ou, au contraire, à construire un droit nouveau sur le modèle de l'ancien. La transmission des meubles, dans les termes de l'article 2279, au profit de l'acquéreur de bonne foi, correspond au transfert de valeurs.

Comme exemple de transfert de la seconde espèce, on peut citer le cas d'un acheteur d'un immeuble, qui ne possède pas plus de droits que n'en avait le vendeur ; ses pouvoirs sur l'immeuble sont fixés d'après ceux dont disposait l'aliénateur.

Les difficultés ne peuvent apparaître que relativement au troisième mode, lequel n'est susceptible d'être pratiqué qu'à l'époque où l'obligation a perdu le caractère étroit de rapport exclusivement personnel, pour se transformer en une valeur d'échange, ne différant plus sensiblement d'un bien d'une autre nature.

Lorsque l'obligation apparaît ainsi comme un élément quelconque du patrimoine, rien ne s'oppose plus à ce qu'elle soit aussi facilement transmissible que tout autre bien. « La mobilité des obligations, écrit M. Gaudemet, est l'une des nécessités principales d'un commerce perfectionné. Quand les relations économiques se multiplient et se compliquent, on éprouve le besoin de faire intervenir dans les échanges non plus seulement les droits réels sur les choses, mais aussi les droits personnels sur l'ensemble du patrimoine » (p. 3). Aussi longtemps que l'obligation a été considérée comme une relation purement personnelle, établie entre deux individus déterminés, chacun jouait le rôle d'un élément indispensable à l'existence du rapport et la possibilité d'une succession à la dette n'a pas été envisagée. Mais aujourd'hui la créance ne constituant pas un bien différent des autres, rien ne s'oppose à ce qu'une substitution s'opère, soit dans la personne du créancier, soit dans celle du débiteur.

En raison de l'évolution qui s'est produite quant

à l'obligation, le rôle de la délégation ne s'est-il pas élargi parallèlement, en ce qui touche les effets qu'elle engendre ? Incontestablement d'abord, elle peut réaliser un transfert de valeur, car le délégataire ne peut se voir opposer par le délégué les exceptions dont celui-ci disposait à l'encontre de l'ancien créancier. D'autre part, la délégation permet de réaliser un transfert du deuxième ordre, c'est-à-dire une cession de créance ; il en sera ainsi toutes les fois que le droit acquis par le délégataire sera modelé de tous points sur l'ancienne dette, dont le délégué était tenu envers le délégant. Mais la délégation est impuissante à produire le troisième mode de transfert : la transmission par succession, parce qu'il n'y a pas de délégation possible sans un engagement nouveau pris par le délégué (Cf. Hubert, p. 200.) La succession à la dette ne se rencontre que là où trois caractères sont réunis : il faut que l'ancien débiteur soit libéré, puisqu'une nouvelle personne s'est introduite comme sujet du rapport obligatoire. En outre, il n'y a succession à la dette que si le créancier peut se prévaloir contre le débiteur nouveau des avantages de toute nature (titre exécutoire, sûretés, etc.) qui étaient afférents au titre primitif. Or, ces effets-là, le transfert par voie de délégation ne permet pas de les obtenir. Enfin, pour qu'une personne succède à la dette d'une autre, il ne devrait pas être besoin, semble-t-il, de l'intervention du créancier. On sait,

au contraire, qu'il n'y a pas de délégation possible sans l'acceptation émanée du créancier. Le Code civil, article 1275, n'offre aux parties que deux alternatives : ou bien substituer un nouveau débiteur à l'ancien en libérant celui-ci, ou bien obliger le délégué, sans affranchir le délégant du lien obligatoire. Dans l'un comme dans l'autre cas, il ne saurait être question de succession à la dette. Cette constatation n'est pas douteuse pour la délégation imparfaite ; elle ne l'est pas moins pour la délégation parfaite, puisque l'accord intervenu entre les deux débiteurs, l'ancien et le nouveau, est impuissant par lui-même à produire un résultat juridique, tant que le créancier n'a pas donné son adhésion à l'opération ; le créancier intervient toujours comme partie principale à la délégation. Ainsi l'opération, exigeant le concours de trois personnes et le consentement de chacune d'elles, ne peut avoir d'autre fonction que celle d'opérer des transferts.

C'est donc comme procédé de transfert de valeur que la délégation présente toute son utilité contemporaine. Et il ne semble pas qu'il y ait lieu de lui souhaiter une portée plus grande, car, même avec le rôle restreint d'un mode de transfert de valeur ou de droits, la délégation est encore un instrument juridique d'une incomparable puissance. Nous étudierons ses principales applications, surtout dans le domaine du droit commercial, où la délégation

intervient notamment pour expliquer le mécanisme du virement en Banque, des effets de commerce, et de la négociation des valeurs mobilières.

I. — *Explication du virement en Banque par la théorie de la délégation.* — On entend par virement l'opération suivante : le créancier, qui veut régler une dette par ce procédé, fait retrancher de son compte une partie de la créance qu'il possède contre la Banque dépositaire de ses fonds, et, par contre, le créancier obtient ainsi satisfaction par l'addition à son actif d'une somme égale au montant de la dette qui est acquittée par cette voie. L'ordre donné par le client au banquier n'est autre chose qu'une délégation. Le donneur d'ordre est un délégant ; le banquier joue le rôle de délégué et le bénéficiaire celui de délégataire. Grâce à la délégation, deux mouvements de fonds ou deux promesses de payer la même somme sont ainsi économisés, et « on obtient par une seule prestation le même résultat que si l'on avait deux prestations différentes ». (Gide, p. 438.)

On sait que la délégation peut s'accomplir soit par voie de dation, soit par voie de promesse : par voie de dation, si j'ordonne à mon débiteur de verser, dès qu'il en sera requis, à mon créancier, la somme formant le montant de ma propre dette ; par voie de promesse, lorsque je donne l'ordre à mon débiteur de contracter un engagement vis-à-vis d'une autre personne, à qui je dois ultérieurement fournir

satisfaction. Mais immédiatement une question se pose : si un ordre de virement constitue une délégation. Celle-ci forme-t-elle une délégation imparfaite qui permettrait au créancier de conserver son action contre le débiteur primitif, auteur de l'ordre de paiement, ou bien supprime-t-elle désormais tout recours du délégataire contre le délégant (délégation parfaite) ? Il ne faut pas hésiter à répondre que c'est l'idée de novation qui domine dans le commerce. Les nécessités de la vie commerciale l'exigent. La célérité des affaires commande qu'il en soit ainsi. Cette solution est conforme à la législation du commerce : en l'absence de moyens de règlements rapides, le mouvement des affaires serait paralysé. Les virements en Banque ont précisément pour avantage d'éteindre des millions de dettes sans numération d'argent ; il serait singulier que l'application, à ce mécanisme, de la délégation imparfaite, permit de détruire les avantages que le monde commercial retire de cette sorte de règlement (Cf. Haristoy, *Virements en Banque et Chambres de compensation*, Thèse, Paris, 1906, p. 170 et suiv.)

Le virement n'est donc autre chose qu'une délégation parfaite contenue dans l'ordre donnée par le client de la Banque.

Dès que les formalités dont l'ensemble constitue le virement ont été accomplies, c'est-à-dire aussitôt la soustraction opérée sur l'un des comptes et l'ins-

cription à l'actif de l'autre compte, l'obligation qui incombait à celui qui a adopté ce mode de paiement doit être considérée comme définitivement éteinte.

Cette explication est conforme, non seulement aux exigences du crédit, mais encore aux textes du Code civil. Nous savons que le législateur contemporain a effacé toute trace de formalisme en ce qui concerne la manifestation de l'acceptation par le créancier. Aujourd'hui, il n'est plus nécessaire que l'intention de nover soit exprimée ; il suffit qu'elle s'induisse clairement de la convention et qu'aucun doute ne puisse subsister à son endroit. Or, « par le contrat qui résulte de l'ouverture du compte, le titulaire donne ordre à la Banque d'accepter, pour son propre compte, les paiements par virements éventuels. N'entend-il pas dès lors décharger ses débiteurs, qui se libéreront de la sorte envers lui » ? (Haristoy, p. 173.) Telle est également la solution qui paraît admise en Allemagne (Cosack. *Traité de droit commerciale*. Trad. Mis, t. II, p. 139.)

Le virement, étant une application pure et simple de la délégation parfaite (Cf. encore Thaller, 3^e éd., n° 1609), produit ses effets novatoires dans les rapports : 1° du donneur d'ordre et du banquier ; 2° du donneur d'ordre et du bénéficiaire ; 3° du banquier et du bénéficiaire.

Dans les rapports du donneur d'ordre et du banquier, la prestation sera remise par le banquier au

délégataire, mais l'effet sera le même que si le délégant l'avait personnellement reçue. Le paiement par virement produit donc une double novation : la dette du délégant envers le délégataire et celle du banquier envers le délégant sont éteintes du même coup. Dès lors, l'ancienne obligation du banquier vis-à-vis du délégant est définitivement anéantie, de même que disparaît irrévocablement la créance du délégataire contre le délégant.

C'est en pratique par la transcription effectuée par la Banque sur les deux comptes que la créance du donneur d'ordre contre le banquier disparaît, à raison de la destination à laquelle elle a été affectée. Tant que cette transcription n'a pas eu lieu, le client qui veut éteindre une dette par cette voie conserve la faculté de révoquer son ordre (Cf. Haristoy, p. 174.) Jusque-là, le délégant conserverait le droit même de retirer les valeurs qui figurent à son compte de dépôt.

Au contraire, dans les pays où la provision du virement n'est rendue indisponible que par la présentation du chèque qui exprime l'ordre de paiement, le délégant peut révoquer, jusqu'à la présentation du chèque, l'ordre transmis au banquier (Tel est le cas en Allemagne. Cf. Cosack, t. II, p. 139.) Mais, en France, l'indisponibilité de la provision résultant déjà de la passation des écritures sur les deux comptes, il en découle cette conséquence que, au cas de faillite du donneur d'ordre, le syndic, qui agit au

nom de la masse de ses créanciers, ne serait plus fondé à comprendre dans l'actif le montant de la fraction du dépôt au sujet de laquelle a été transmis l'ordre de virement et à en opérer le retrait.

Désormais, c'est le bénéficiaire du virement qui est seul admis à revendiquer pour lui le montant de cette valeur (Cf. Haristoy, p. 175.)

Avec la solution contraire, il n'y aurait plus d'affaires possibles, attendu que le banquier n'a crédité le compte du délégataire qu'en raison de la certitude qu'il avait d'être couvert par la provision.

2° Dans les rapports du donneur d'ordre et du bénéficiaire, le virement continue à jouer le rôle d'une délégation parfaite. Dès lors, la transcription de l'opération par la banque a pour résultat d'éteindre définitivement la dette du donneur d'ordre vis-à-vis du délégataire. L'application stricte de la novation conduirait, en conséquence, à décider que, alors même que le paiement n'aurait pas lieu à l'échéance, la banque ayant, par exemple, gaspillé ou affecté à d'autres emplois les sommes qui devaient être l'objet du virement, le délégataire n'aurait pas la ressource de se retourner contre son ancien débiteur. D'après les principes, il devrait seul supporter les risques de l'insolvabilité du banquier. Les besoins du commerce commandant avant tout que les règlements intervenus demeurent irrévocables, l'effet extinctif de la novation ne devrait plus être mis en question.

Toutefois, il semble qu'il y a lieu de tenir compte, en matière de virement, comme dans toutes les hypothèses de novation parfaite, de l'article 1276, d'après lequel, bien qu'en thèse générale le délégant demeure déchargé, le créancier délégataire conserve cependant la faculté de recourir contre lui, dans deux hypothèses : 1° Si l'acte a réservé expressément ce recours ; 2° Si le délégué était déjà tombé en faillite ou en déconfiture au moment de la novation. Assurément, les parties seraient libres, dans une délégation effectuée par voie de virement, de maintenir le recours éventuel du délégataire contre le délégant ; mais il faut bien convenir qu'une pareille réserve offre ici un caractère plutôt théorique que pratique, car tout l'intérêt du virement réside dans cette circonstance que les relations d'affaires préexistantes sont définitivement réglées entre les parties.

L'opération perdrait tout son caractère de simplicité pratique, si sa perfection était subordonnée à la circonstance que le délégué ne sera pas devenu insolvable. Quant à la réserve légale, inscrite dans l'article 1276, n° 2 elle n'offre rien que de compatible avec les institutions commerciales ; il est équitable que la faillite du délégué ait pour résultat de mettre à néant l'opération intervenue, car la délégation n'a été acceptée par le délégataire qu'en raison de la croyance qu'il avait en la solvabilité du délégué. S'il a ignoré la mauvaise situation de ce dernier, il

est équitable qu'on le restitue contre les conséquences de l'acte et qu'on le rétablisse dans son état antérieur de créancier ; sinon il subirait injustement les effets d'une lésion contre laquelle il lui était impossible de se prémunir. C'est d'autant plus légitime que le délégataire n'est point un spéculateur, à la différence du cessionnaire d'une créance. C'est simplement un créancier qui prétend être payé ; il ne doit pas avoir à se repentir de la bienveillance avec laquelle il s'est prêté à l'opération (Cf. Hubert, p. 157. — Demolombe, *Contrats*, t. V, n° 318.)

3° *Rapports du banquier et du délégataire.* — L'effet fondamental de la délégation, à cet égard, c'est de créer un engagement direct du banquier au profit du bénéficiaire, il y a une véritable obligation nouvelle qui s'est formée, sans aucune relation avec le rapport juridique précédent. Le droit du bénéficiaire n'est nullement modelé sur celui du donneur d'ordre ; le banquier ne peut se prévaloir à son encontre des exceptions qui lui appartenaient contre le délégant ; c'est la valeur en dépôt qui, par l'effet de l'inscription opérée sur les comptes, a été transmise au bénéficiaire. Par conséquent, la créance inscrite à l'actif du bénéficiaire conserve sa validité, même si la créance que le délégant prétendait posséder contre la Banque n'existait pas, comme dans l'hypothèse d'une provision dont le montant aurait déjà été épuisé par des retraits succesifs. La délégation joue ainsi un rôle

important dans le commerce, puisque le virement, qui en est l'application, permet de restreindre dans une proportion de plus en plus considérable l'usage de la monnaie et de laisser celle-ci disponible pour un nouvel emploi. Toutes les fois que, par des procédés de règlement des dettes qui ont leur base dans la délégation, un pays arrive à diminuer la quantité métallique qui lui est indispensable pour les paiements, le stock de monnaie qui devient ainsi disponible peut être immédiatement affecté à des emplois actifs dans le commerce, l'industrie ou l'agriculture, et la prospérité générale du pays y gagne. Aujourd'hui d'ailleurs, l'activité des banques se concentre de plus en plus dans les opérations de virement et de trésorerie. Avec la pratique du virement, les banques peuvent, dans leurs opérations, distribuer le crédit sans se servir de leurs disponibles ; une seule condition est nécessaire pour ce résultat : c'est que les titulaires des comptes soient en nombre suffisant pour que la compensation entre leurs dettes et créances réciproques ne soit pas limitée. M. Juglar a très bien démontré que, « si les relations de la Banque ne sont pas étendues, et ne permettent pas de faire passer le crédit ouvert au titulaire d'un compte, par un simple virement, d'un compte à un autre, on va de suite le retirer pour lui faire remplir le même office, mais en dehors de la Banque » (Clément

Juglar, *Des crises commerciales et de leur retour périodique*, Paris, 1889, 2^e éd., p. 222.)

II. — *Le rôle de la délégation dans les effets de commerce*

L'effet de commerce joue un rôle analogue à celui de l'argent dans les relations commerciales les plus usuelles. Sans doute, le règlement d'effets de commerce diffère du règlement par numéraire, par ce trait que, dans le paiement en numéraire, le créancier est définitivement désintéressé et n'a plus rien à exiger ; au contraire, celui qui se libère en souscrivant un effet de commerce n'est pas définitivement dégagé de son obligation ; son engagement est seulement suspendu jusqu'au jour de l'échéance, date à laquelle l'effet pourra être invoqué contre lui. Mais cet effet peut être endossé par le preneur ou par d'autres qui viendront à sa suite ; lors de chacun de ces endossements, la lettre de change joue de nouveau le rôle de numéraire, et plus les endossements sont nombreux, plus les chances augmentent en faveur du paiement à l'échéance.

Quelle est la construction juridique qui permet de rendre le mieux compte de l'effet de commerce ? Les anciens auteurs assignaient comme base à la lettre de change le contrat de change : le contrat de

change était une convention par laquelle on cédait de l'argent absent (celui qui sera payé sur une autre place) contre de l'argent présent (celui qui forme l'objet de la remise) ; « c'est un contrat, dit Pothier, par lequel je vous donne ou je m'oblige à vous donner une certaine somme en un certain lieu, pour et en échange d'une somme d'argent que vous vous obligez à me faire compter dans un autre lieu. » (*Traité du contrat de change*, chap. IV, n° 51.)

La lettre de change servait à l'exécution de ce contrat. C'est sur cette conception exclusive, se rattachant à une transmission de fonds, que la construction ancienne de la lettre de change a été édifiée.

Mais elle ne pouvait se prolonger indéfiniment. A cette époque, les places commerciales étaient loin d'avoir les mêmes monnaies, et l'on courait le risque, sur la place où était payable la lettre de change, d'être remboursé en une monnaie inférieure à celle qui avait été versée sur la place précédente. Aujourd'hui, les systèmes monétaires se sont perfectionnés ; les mêmes monnaies sont employées sur une vaste étendue de territoire et le cours de la monnaie de remboursement ne diffère pas de celui de la monnaie de valeur fournie.

Alors on a cherché à substituer une autre explication à celle-là, et à dire que le contrat de change servait à un autre objet qu'à toucher dans une autre ville une somme d'argent en échange de laquelle le

preneur devait servir une somme immédiate au tireur. A l'époque contemporaine, les Allemands, notamment, se sont efforcés de fournir une explication plus moderne de la nature juridique du titre de crédit.

Ils ont commencé par soutenir que le titre de crédit engendre une créance abstraite, détachée de la convention de fond à l'occasion de laquelle il a été soit émis, soit négocié (Cf. l'étude philosophique de M. Thaller : « De la nature juridique du titre de crédit », *Annales de droit commercial*, 1906, p. 10). L'auteur allemand qui a donné cette explication est Einert (*Das Wechselrecht*. Leipzig, 1839.) Cette doctrine s'est inspirée du souvenir de la législation romaine où la stipulation jouait le rôle d'une formule abstraite. Mais cette école se reliait à un droit romain qui n'était même pas celui de la dernière époque ; elle perpétuait un formalisme dont les traits caractéristiques des effets de commerce ne commandaient nullement le maintien. Les rigueurs d'exécution qui entourent la lettre de change sont exigées par les nécessités du crédit et non par un motif de formalisme.

Alors on a substitué à la conception de la dette abstraite celle de l'engagement unilatéral. Cette théorie a été défendue surtout par Kuntze (*Die lehre von den Inhaberpapieren*, 1857, p. 357, 442. — Cosack. *Manuel de droit commercial allemand*. Trad. Mis,

t. II, p. 39.) En Italie, elle a été acceptée par Vivante (*Traité de droit commercial*, 2^e éd., 3^e vol., n^o 957.) Mais cette théorie n'a pas rencontré de partisans en France (Boistel. *Le Code civil et la philosophie du droit*, dans le *Livre du Centenaire*, p. 56. — Saleilles. *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, 2^e éd., n^{os} 275 et s.) On appuie cependant cette explication sur des faits tangibles, notamment sur les habitudes commerciales d'après lesquelles un commerçant, parlant d'une lettre de change souscrite par lui, déclare qu'il doit à sa signature ; et aussi sur l'usage de comptabilité, qui consiste à porter au grand-livre les effets qu'on souscrit, non pas à l'actif du bénéficiaire, mais à l'actif d'un compte général et global (*effets à payer*, Thaller, p. 23.) Mais M. Thaller a démontré, dans l'article précité, que malgré tout l'art germanique de son agencement, et en dépit de la prétention qu'elle a de s'être façonnée sur les rapports économiques et sociaux de notre époque, il paraît bien que l'acte unilatéral est une construction bâtie sur un sable mouvant et causant plus de fatigue au cerveau qu'elle ne donne de résultats satisfaisants (*Annales*, 1906, p. 37.)

Ce qui est certain, c'est que le débiteur intervient à chacune des transmissions dont le titre de crédit est l'objet ; dès lors on aperçoit facilement un lien de parenté avec la délégation. La délégation suppose trois personnes, et, mettant en présence deux

rapports de droit, elle tend à substituer un mode de règlement unique à deux paiements en espèces. Or, la lettre de change, également, suppose le concours de deux personnes pour la créer et bientôt d'une troisième pour en rendre la circulation possible. M. Hubert avait déjà remarqué que l'acte qui offre avec la délégation la plus grande ressemblance est incontestablement la lettre de change, attendu qu'elle soulève presque les mêmes questions (p. 95). Ayant à recevoir une somme d'argent d'un tiers et à payer une somme semblable à une autre personne, je donne à la première personne l'ordre de payer pour moi à la seconde. Au lieu de deux versements, un seul sera nécessaire. C'est là la délégation à l'effet de payer, qui n'intervient pas dans la théorie des titres de crédit.

Mais, à côté, il y a la délégation promesse : J'ai une créance non exigible contre un tiers, et je suis débiteur, également à terme, d'une troisième personne. En pareille occurrence, je donne l'ordre à celui dont je suis créancier de prendre envers la personne dont je suis débiteur un engagement de même montant et de même échéance que l'engagement dont ce tiers est tenu vis-à-vis de moi. C'est cette sorte de délégation qui permet d'expliquer le mécanisme de la lettre de change. La lettre de change est une délégation renfermée dans un titre pourvu des attributs d'exécution propres aux effets de commerce (Thaller,

p. 121.) Le tireur de la lettre de change était préalablement débiteur vis-à-vis d'une personne qui, après la création de l'effet, va jouer le rôle de preneur. D'autre part, il est créancier d'un tiers pour une somme analogue et à une échéance qui concorde avec celle de la dette contractée par lui envers le bénéficiaire. Il donne à son débiteur l'ordre de promettre pour lui. Ce débiteur est le tiré. L'acceptation de la traite n'est autre chose que l'acceptation d'une délégation, de même que le paiement de la traite à l'échéance permettra d'éteindre le rapport juridique né d'une délégation. « Le refus de paiement, sera le fait qui, dans une délégation, crée l'état de crise et ouvre les réclamations ; le porteur non payé aura droit de recours contre le tireur, à raison de la mention de valeur fournie qui le dispense de produire toute autre preuve extrinsèque : concurremment, il aura le droit d'action contre le tiré, au cas où celui-ci aurait antérieurement accepté. Le tiré qui paie n'a pas de recours, parce qu'il est présumé avoir acquitté sa propre dette en même temps que celle du tireur. » (Thaller, *Annales*, 1906, p. 122.) M. Gide a écrit que, si l'importance de la délégation a été considérable à Rome, c'est que, ne connaissant ni nos effets de commerce ni notre monnaie fiduciaire, les Romains ont recouru à la délégation comme à un mode facile de règlement des affaires.

Au surplus, la délégation a été défendue comme

fondement de la lettre de change, non seulement en France, mais en Allemagne. (Thöl, *Handelsrecht*, p. 1088. — Wandt, *Das Allgemeine anweisungsrecht*, Iéna, 1895, p. 112 et s.)

En présence de ce mécanisme de la délégation, si facilement applicable du change, il n'est point besoin d'imaginer une source d'engagement original qu'on arrive péniblement à découvrir sous les constructions de la dette abstraite ou de l'acte unilatéral. Lorsque Primus, désireux de fournir de l'argent à Secundus, en vue d'une dette à payer ou pour tout autre motif, et ayant, d'autre part, à recevoir de l'argent de Tertius, donne l'ordre à celui-ci de s'engager envers Secundus ou de le payer, l'opération n'est autre qu'une délégation ; on ne comprendrait pas pourquoi elle perdrait ce caractère à raison de la forme extérieure de lettre de change revêtu par l'ordre donné. Les services économiques rendus restant les mêmes, l'instrument qui les procure doit demeurer identique dans sa nature juridique ; donc, le tireur, Primus, est simplement un délégant ; le tiré, Tertius, est un délégué, et le preneur Secundus un délégataire. Il y a délégation, parce qu'on poursuit toujours le but propre à cette opération juridique : « On obtient, par une seule prestation, le même résultat que s'il y avait deux prestations différentes, et il y a dispense d'un déplacement de numéraire. » (Gide, p. 438.)

On objectera peut-être que la lettre de change ne saurait se plier au cadre de la délégation, à raison des règles particulières auxquelles elle est assujettie (rédaction impérativement fixée par la loi, apposition d'un timbre, exclusion du système des acomptes, formalisme de l'acceptation, abréviation des délais de prescription, etc.). Mais toutes les formalités dont il s'agit n'ont qu'un caractère secondaire, qui n'empêche point l'esprit de la délégation de dominer toute l'institution.

Ce n'est pas seulement le mécanisme de la lettre de change qui peut s'expliquer par la délégation, c'est aussi par là que se caractérise l'endossement. « L'endossement, déclare Thöl (*Wechselrecht*, § 114) est une nouvelle traite. »

Sans doute, à l'endossement est attachée une notion de garantie, cependant ce n'est pas une raison pour le comprendre comme une cession de créance. La délégation, d'après le Code civil, conforme sur ce point à la tradition du moyen âge, ne revêt pas nécessairement un aspect unique. Tout dépend ici de l'intention des parties; elles ont pu vouloir soit accomplir une véritable novation, libérant complètement le délégant (c'est alors une délégation parfaite), soit maintenir les obligations antérieures existant entre les parties (c'est dans ce cas une délégation imparfaite). Celle-ci convient mieux à l'endossement; car, pour être assimilé dans

sa puissance à un paiement effectué en numéraire, l'endossement doit procurer au premier la certitude qu'en toute hypothèse à l'échéance il n'éprouvera aucune déception sur la valeur de la satisfaction qu'il vient de recevoir. Toutefois, l'endossement peut contenir la mention « sans garantie », et alors l'endosseur n'est plus tenu d'aucune obligation subsidiaire ; la liberté des conventions exige la validité d'une pareille clause, dont personne, d'ailleurs, ne conteste l'efficacité. Tout ceci est conforme à l'esprit de la délégation.

Une autre conséquence de l'idée de délégation se traduit dans la forme de l'endossement. Il échappe complètement au mode de publicité organisé pour les cessions de créances civiles par l'article 1690 ; la seule mention inscrite au dos du titre⁴ opère le changement du créancier, et habilite le nouveau à recevoir le paiement ; cette formalité si simple permet à l'opération de produire ses effets à l'égard de tous. C'est que le tiré, en acceptant la traite, s'est par là même obligé à payer à tous les preneurs successifs, entre les mains de qui le titre circulerait. Le débiteur s'est engagé, dès le début, à se prêter à toutes les délégations successives dont le titre serait l'objet, même au profit de porteurs inconnus. Il est donc inutile de renouveler les acceptations et d'importuner le tiré par des demandes d'adhésion dépourvues d'utilité. Le mécanisme de la délégation

tion n'est nullement faussé par cette application. Le tiré ignore, sans doute, quels sont les créanciers successifs qui sont appelés tour à tour à se prévaloir de la traite ; mais qu'importe. Il sera toujours prévenu à temps du nom du dernier porteur qui lui révélera sa qualité en lui présentant la lettre de change à l'échéance. En définitive, l'acceptation de la délégation intervient immédiatement, au profit non seulement du porteur actuel, mais de tous les preneurs éventuels de la dette.

Mais la conséquence la plus importante du mécanisme de la délégation transporté à l'endossement, c'est l'inopposabilité par le tiré au porteur actuel des exceptions qu'il pouvait invoquer contre les preneurs précédents. C'est là incontestablement un des effets les plus utiles de la délégation.

C'est une question des plus discutées en droit civil que celle de savoir quelles sont les exceptions que le délégué peut opposer au bénéficiaire de l'obligation (Cf. Hubert, p. 160 et s.) Ce qui est certain, c'est que le problème ne se pose plus aujourd'hui de la même manière que dans le droit romain où sa solution se rattachait aux effets de la stipulation *ejusdem debiti*. L'idée essentielle était que le délégué se trouvait irrévocablement engagé envers le délégataire (Loi 9, p. 8. Dig., 12, 1.) La stipulation, contrat abstrait et indépendant de sa cause, produisait son effet créateur sans se référer aux

motifs pour lesquels l'engagement s'était formé. En droit civil contemporain, le délégué n'est pas davantage admis à invoquer les moyens de défense que le délégant possédait contre le délégataire ; il n'a pas à s'occuper de leurs rapports réciproques, puisque la prestation qu'il procure au délégataire est censé fournie au délégant lui-même.

Quant aux exceptions concernant les relations du délégué avec le délégant, elles disparaissent incontestablement, si le délégué avait conscience du vice de son ancienne dette, car le nouvel engagement auquel il s'est astreint équivaut à une confirmation de l'ancien. S'il a ignoré l'imperfection de son obligation primitive, et que les parties ne se soient pas référées, dans le contrat même de délégation, à l'obligation antérieure (cas auquel l'ancien engagement représenterait la mesure exacte du nouveau), il est alors généralement admis qu'on doit refuser au délégué le droit d'opposer au délégataire, les exceptions qu'il avait contre le délégant. En effet, dans les relations du délégué et du délégataire, il y a toujours une cause qui donne efficacité à l'obligation contractée par le débiteur : il y avait une dette antérieure du délégant vis-à-vis du délégataire, et l'opération a eu précisément pour but de l'éteindre ; le créancier n'a donc pas à se préoccuper des circonstances qui pouvaient invalider la dette dans les rapports du délégué et du délégant (Cf. Hubert,

p. 168. — Aubry et Rau, t. IV, § 324-1^o et note 8, et § 442-8^o et note 27. — Cass., 31 mars 1852. D. 52. 1. 161.) En définitive, le délégataire se désintéresse des relations d'affaires qui existaient entre le délégant et le délégué ; la raison pour laquelle ce dernier a consenti à se prêter à l'opération n'a que la portée d'un simple motif ; elle n'équivaut pas à la cause : celle-ci est représentée par la prestation qui doit être fournie au délégataire. Dès lors, ce dernier ne sera pas arrêté par l'objection tirée du défaut de cause de l'engagement primitif du délégué. Rien n'est plus conforme au but de l'institution, qui ne saurait être atteint que si le délégataire n'a pas à s'occuper des rapports existants entre les deux parties en cause.

Cette théorie doit être de toute pièce transportée à l'endossement. Le souscripteur de l'effet de commerce, qui est maître d'opposer les exceptions du chef du créancier avec qui il est entré immédiatement en rapport, ne peut plus en arguer vis-à-vis d'un créancier nouveau, dans les cas, du moins, où ce dernier était de bonne fois, et ignorait les vices du titre primitif. On peut dire que la créance se purifie de ses défauts en circulant, en passant du patrimoine de l'ancien créancier aux mains d'un titulaire nouveau, qui n'a été nullement l'auteur des vices de la convention originale. C'est là une différence importante avec la cession, où la créance ne

possède chez l'acquéreur que la valeur qu'elle présentait dans le patrimoine du cédant. Le nouveau porteur, tenant la fonction de délégataire, demeure indifférent aux circonstances qui pouvaient annuler le lien obligatoire dont il se trouve actuellement bénéficiaire : il a des droits¹ propres et distincts, qu'il puise dans la lettre de change elle-même. Il en est ainsi, parce qu'il y a une délégation incluse dans l'endossement, et qu'à la base de cette institution, domine le principe de l'inopposabilité des exceptions.

On sait qu'il est possible de grouper les exceptions en plusieurs catégories : il y a d'abord les moyens défensifs auxquels on peut renoncer valablement d'avance ; ces exceptions-là sont censées avoir été l'objet d'une renonciation de la part du signataire de l'effet de commerce par l'apposition de sa signature sur la lettre de change ou sur le billet à ordre. Ce sont les suivantes : d'abord la compensation avec le délégant. Par exemple, le tiré accepte la traite et, le lendemain, il devient, en vertu d'une autre opération distincte de la première, créancier du tireur pour une somme égale à celle qui est inscrite sur la traite. Du jour où le preneur a négocié la lettre de change, le tiré² ne peut plus refuser au nouveau porteur le paiement en invoquant la compensation ; il devra payer, sauf à se retourner contre le tireur en règlement de compte final.

Il en est ainsi, parce que tout souscripteur d'une

lettre de change renonce éventuellement à l'exception de compensation pour le cas où la cause de la compensation ne serait pas née directement dans les rapports du débiteur avec le porteur actuel.

La délégation joue donc ici un rôle plus favorable que celui de la cession de créance à la marche rapide de l'effet de commerce. Dans la cession, le cédé serait fondé à opposer au cédant la compensation, pourvu qu'elle se fût produite antérieurement à la cession ou à son acceptation du transport dans un acte authentique (art. 1295 du C. civ.) ; l'endossement expliqué par la délégation purifie au contraire la traite de toutes les exceptions dont elle pouvait contenir le germe.

La même solution devrait être donnée pour le moyen de défense tirée de la résolution du contrat. Par exemple, le signataire de la traite est en situation d'invoquer l'inexécution d'une obligation contractée en sa faveur par le tireur : il avait souscrit la lettre de change pour payer le prix d'un immeuble, dont il est maintenant évincé : il possède alors, en vertu de l'article 1184, l'action en résolution de la vente primitive. Si le vendeur présentait lui-même l'effet à l'échéance, il serait débouté par l'exception de résolution tirée de l'article 1184 ; mais, si le vendeur a passé l'effet à un tiers, le nouveau porteur a droit au paiement et ne peut être écarté par aucun moyen, attendu que, la circulation de la traite ayant occa-

sionné une délégation, les causes de résolution antérieures du rapport obligatoire entre le délégant et le délégué ne peuvent plus jouer (Cf. Hubert, p. 171).

Mais il y a des exceptions qui sont d'ordre public, et auxquelles, de droit commun, le débiteur ne saurait renoncer. Quel va être le sort qui leur sera fait par l'endossement ? Ici une réponse absolue n'est pas possible, et des distinctions s'imposent : Les exceptions, qui sont purgées par l'endossement de la lettre de change (à la condition que le nouveau porteur soit de bonne foi, c'est-à-dire ignore les vices du titre), sont : d'abord, celle de l'absence de cause, puis l'exception tirée des vices du consentement ; celles qui subsistent, au contraire, tiennent, soit à l'incapacité, soit au défaut total de consentement du souscripteur de l'effet (Cf. Thaller. *Annales de droit commercial*, 1906, p. 129 et suiv., 132 et suiv. — Pichon. *De l'inopposabilité des exceptions*. Thèse de Paris, 1904.)

L'exception tirée de l'absence de cause de la dette primitive du délégué envers le délégant s'évanouit avec l'endossement ; le signataire s'est lié par avance vis-à-vis de toute personne qui acquerrait le titre ; si son engagement est vicié dans ses rapports avec le créateur de l'effet, il n'en est plus de même au regard des porteurs successifs ; ceux-ci se présentent avec un droit propre et ne réclament que leur dû. Peu

importe la dette originaire qui existait entre le délégué et le délégant ; qu'elle soit ou non affectée d'un vice, la cause de cette dette s'absorbe dans la lettre de change. Ce ne sont pas seulement les principes théoriques de la délégation qui dictent cette solution ; les considérations pratiques aboutissent au même résultat. La lettre de change n'est susceptible de circuler facilement que si chaque endossement lui imprime une force nouvelle et augmente la certitude de paiement pour celui qui sera le dernier porteur.

Sur la même ligne que l'absence de cause, apparaissent les vices du consentement. Le débiteur a eu son consentement surpris par des manœuvres dolosives ; par exemple, le créancier, qui a tiré sur lui la traite pour se couvrir du prix d'une vente, a produit des pièces établissant une fausse provenance de la marchandise, etc'est au vu de ces documents que la vente a été conclue. Il y a là des manœuvres dolosives au premier chef. Le débiteur serait absolument fondé à opposer l'exception de dol à sa contre-partie, si celle-ci lui réclamait le paiement. Mais, du moment que la traite est passée aux mains d'un porteur de bonne foi qui ignorait le dol originaire, ce vice est purgé (Cf. Thaller, *Traité*, n° 1473.)

Faut-il étendre cette règle aux exceptions tirées d'une erreur substantielle commise par le débiteur, ou d'une violence pratiquée sur lui ? Il semble que, logiquement, la règle de l'inopposabilité des excep-

tions doit être identique pour tous les vices du consentement. Toutes distinctions entre le dol d'une part, l'erreur et la violence de l'autre, manquent de fondement, car, toutes les fois que le signataire invoque l'existence d'un vice de ce genre, il s'appuie par là même sur les circonstances de fait dans lesquelles il s'est engagé. Or, cet élément concret de la lettre de change ne joue aucun rôle après l'endossement. D'ailleurs, arguer de l'erreur ou de la violence, c'est encore se réclamer de la notion de cause, c'est mettre en évidence des faits se rapportant à la conclusion du contrat originaire ; or, celui-ci a été définitivement absorbé par la délégation ; il ne saurait plus désormais être question, ni de l'absence de cause, ni des vices du consentement.

Mais il y a, par contraste, des exceptions qui survivent à l'endossement ; il en est ainsi :

1^o Des moyens de défense reposant sur l'incapacité. Voici, par exemple, un effet qui a été signé par un mineur non émancipé. Il est transmis à un porteur de bonne foi qui ignore l'âge de l'accepteur. L'exception d'incapacité persiste. Le motif, c'est que le mineur était incapable vis-à-vis de tous les bénéficiaires quelconques de la traite, à l'égard du dernier porteur comme du premier, de contracter une obligation quelconque.

2^o C'est la même réponse qui doit être donnée en présence du défaut radical et complet de consente-

ment. La lettre, quoique revêtue d'une signature, n'a pas été réellement souscrite par celui dont le nom figure au bas de l'effet. Elle est l'œuvre d'un faussaire. Quel que soit le nombre de ceux dont la bonne foi ait été ainsi surprise, le faux reste opposable au porteur de bonne foi.

Il en serait ainsi encore, si, par suite d'un faux, la lettre de change avait été majorée dans son montant, au cours de la circulation. C'est alors un faux portant sur l'objet ; le signataire pourra toujours l'invoquer ; il est impossible d'étendre le principe de l'opposabilité des exceptions à des vices aussi catégoriques. Concluons donc que la théorie de la délégation permet de rendre compte de tout le mécanisme de la lettre de change. Elle intervient comme une collaboratrice du crédit pour assigner à la lettre de change le caractère d'un parfait instrument de paiement. Et ainsi l'effet de commerce peut être impunément considéré comme de l'argent dans les relations d'affaires qui naissent quotidiennement entre commerçants.

La délégation incluse dans la lettre de change n'a pas seulement pour effet d'assurer aux endosseurs successifs un titre exempt de tout vice ; comme elle est une délégation imparfaite, elle permet au preneur d'agir contre les endosseurs précédents et même contre le tireur, au cas où l'effet serait vainement protesté à l'échéance, et cette délégation se répète

chaque fois que la traite change de mains par suite d'un endossement. De même la délégation est renfermée dans le billet à ordre.

Le preneur, à qui le billet est transmis par voie de l'endossement, avise le souscripteur qu'il aura désormais à effectuer le paiement entre les mains du bénéficiaire. On ne saurait donc mieux définir l'endossement qu'en le présentant comme « une délégation, écrite sur un instrument à ordre, adressée à tous ceux dont la signature figure déjà au titre et qui dispense les nouveaux porteurs de la nécessité de la faire accepter (Thaller, *Traité*, 3^e éd., n^o 1297.)

Le tireur continue de jouer le rôle de débiteur, mais à titre subsidiaire, parce que la dette ancienne survit, la notion de la délégation imparfaite étant mieux en harmonie avec la nécessité du crédit dans la transmission des effets de commerce. On a vainement cherché à prétendre que la lettre de change diffère de la délégation en ce qu'elle ne se borne pas à constater qu'une personne est autorisée à recevoir paiement, mais qu'elle implique en outre que celui qui la remet devient, par la remise qu'il en fait, le débiteur de celui qui la reçoit. Cette différence, comme le fait remarquer M. Thaller (*Annales de Droit commercial*, 1906, p. 124), n'aboutit pas à établir entre la lettre de change et la délégation une dissemblance de nature. Il y a là seulement la constatation d'une vérité évidente, à savoir que la lettre

de change est un titre double, contenant à la fois reconnaissance de dette et délégation.

Sans doute, en dehors de l'idée de cession de créance, on pourrait encore donner comme fondement à l'endossement la théorie de la stipulation pour autrui. Mais une pareille explication ne s'harmoniserait plus avec les besoins du commerce, avec la nécessité de la circulation rapide de l'effet. Dans la stipulation pour autrui, le tiers bénéficiaire acquiert, sans doute, un droit propre indépendant des relations juridiques qui ont pu exister entre le stipulant et le promettant. Seulement l'effet de la stipulation n'est pas assez énergique pour dégager complètement le droit du tiers du contrat primitif dont il sort. Sur le point spécial des exceptions, la jurisprudence admet que, seules, celles qui proviennent des causes de résolution ne sont pas opposables aux bénéficiaires; quant aux moyens de défense qui ont pour fondement la nullité ou la résiliation du contrat, ils mettent en échec le droit du bénéficiaire aussi bien que celui du créancier primitif (Lambert. *Du contrat en faveur des tiers*, nos 111 à 113. — Cass., 6 janvier 1888. S. 89. 1.65. — 11 nov. 1890. S. 92. 1. 269.) La persistance de ces exceptions ne saurait convenir à l'endossement, car il est essentiel que le preneur ne puisse être arrêté à l'échéance par des moyens de procédure. Peu importe que la traite n'eût pas de valeur aux mains de celui qui l'a

créée ; elle doit acquérir, par l'endossement, l'énergie qui, au début, lui manquait.

La théorie du change, inspirée de la délégation, concilie donc l'application des règles du droit civil avec la cause du crédit. Elle fait du débiteur l'esclave de sa signature, parce que, d'avance, il s'est engagé à accepter toutes les délégations ultérieures dont le titre serait l'objet.

III. — La délégation, dont l'influence s'aperçoit de plus en plus à l'analyse, sur beaucoup d'institutions commerciales, apparaît encore comme la seule explication juridique de la négociation des valeurs mobilières, soit qu'il s'agisse de titres nominatifs, soit que les titres affectent la forme au porteur.

A ce point de vue, la délégation assure le succès des entreprises commerciales qui se montent par actions. Les actions d'une société sont, comme les effets de commerce dans les rapports entre individus, destinés à circuler ; plus le titre aura été l'objet de spéculations multiples et plus la société aura de chances de succès, car la spéculation est l'un des meilleurs moyens pour les sociétés par actions de répandre leurs valeurs dans le public, de se faire connaître et d'attirer à eux la confiance des capitalistes.

Lorsque l'action affecte la forme nominative, la circulation du titre ne peut s'opérer sans un transfert inscrit sur les registres sociaux (art. 36, al. 2

de la loi du 24 juillet 1867). Au premier abord, on serait tenté de croire qu'il s'agit d'une cession. Le transfert n'est-il pas l'un des aspects du système de transmission particulièrement rapide qu'on appelle la négociation ? Cependant, sous cette apparence, se dissimule une opération qui ne se révèle pas à l'extérieur. En réalité, un lien direct s'est formé entre la société et l'acquéreur de l'action. Désormais celui-ci possède contre le siège social les mêmes droits qui appartenaient au souscripteur ; il a acheté l'ensemble des avantages que comportait l'action ; pour l'avenir, il a droit aux dividendes ; il peut figurer aux assemblées générales, et le partage du fonds social ne sera pas régulier s'il n'est pas compris dans la répartition aux ayants droit.

La théorie de la cession permettrait sans doute d'expliquer ces avantages ; mais il est un autre effet de l'opération, qu'elle demeure impuissante à justifier : il s'agit des exceptions que la société aurait pu opposer à l'aliénateur et qui, désormais, ne possèdent plus aucune efficacité vis-à-vis de l'acquéreur du titre. A ce signe distinctif, nous reconnaissons immédiatement le trait caractéristique de la délégation. L'opération, qui revêt extérieurement la forme de la cession, n'est au fond qu'une délégation. L'actionnaire primitif a donné à la société l'ordre de prendre vis-à-vis du cessionnaire la suite des engagements qui la liait auparavant envers lui-même ;

en retour, il s'oblige à ne plus se prévaloir, à l'avenir, des avantages de son ancien titre vis-à-vis du siège social, et cet ordre a été accepté d'avance par la société, car, en lançant ses titres sur le marché, elle s'astreignait impersonnellement à reconnaître la qualité d'associés à tous ceux qui, dans la série des délégations successives, seraient inscrits sur ses registres de comptabilité. La société par actions ne connaît pas, en effet, *l'affectio societatis* qui, dans les groupements de personnes, empêche qu'un nouveau membre vienne prendre la place d'un ancien. Que l'actionnaire soit telle ou telle individualité, peu importe, l'essentiel est que tous les titres répandus sur le marché trouvent des acquéreurs ; plus les capitaux entrent dans la société, et plus celle-ci est sûre de son avenir. Du moment qu'elle promet aux futurs actionnaires de leur procurer tous les avantages dont jouissaient ceux qui, pour un motif quelconque, sont sortis de l'entreprise, elle est assurée de voir le public s'empresser autour de ses titres ; la délégation, ici encore, constitue un merveilleux instrument de crédit pour le commerce. Le transfert n'a pas en effet d'autre but que de prémunir le nouvel actionnaire contre tous les vices latents qui pouvaient déprécier le titre qu'il vient d'acquérir ; à partir du moment où l'enregistrement a été constaté sur le registre tenu au siège social, le nouvel associé est en droit de se considérer comme

n'ayant plus à redouter aucune des exceptions qui étaient opposables au titulaire primitif de l'action.

La société, lors du transfert, ne doit vérifier que l'identité et la capacité des parties ; une fois cette précaution prise, elle est obligée de conférer à son nouveau membre tous les droits auxquels participait l'ancien, sans pouvoir en retenir par devers elle la moindre fraction.

Il en sera ainsi, à moins que la société ne se soit réservé, en cas de négociation de son titre, le droit de préemption, clause qui lui permet de reprendre aux mains des acquéreurs qui ne posséderaient pas ses sympathies les titres achetés par ceux-ci, après remboursement du prix qu'ils ont versé (Cf. *Thaller. Traité*, n° 603.) Mais, en dehors de cette clause, il n'est pas douteux que le siège social s'est engagé par avance à accepter toutes les personnes qui désireraient entrer dans la société en succédant à un ancien actionnaire.

La négociation des titres au porteur ne repose pas sur des principes différents. Bien qu'extérieurement la transmission d'un semblable titre s'effectue par la tradition de la main à la main, la même analyse permet de se rendre compte qu'au fond c'est par l'effet d'une délégation que le nouvel actionnaire est substitué aux droits de l'ancien et possède désormais la faculté de participer aux assemblées générales, de toucher des dividendes en cas de bénéfices, et de

prendre sa part du fonds social lors de la dissolution de la société, s'il n'a pas, avant cette époque, négocié son titre. Cependant, pourrait-on dire, la situation n'est-elle pas dissemblable de celle qui existe dans l'hypothèse où les titres sociaux revêtent la forme nominative ? On conçoit encore que, par le transfert, la société accepte tacitement de prendre, vis-à-vis de l'acquéreur, la charge de tenir les engagements qu'elle avait contractés envers l'ancien membre. Mais, lorsque ses actions sont au porteur, leurs transmissions ne s'opèrent-elles pas en dehors du siège social, sans que celui-ci puisse se douter des mutations successives dont les titres sont l'objet au cours de la vie fictive ? Comment se douter d'une cession qui n'est constatée par aucun signe visible, si les parties ne prennent pas soin d'informer la société de l'opération réalisée ? Cependant, ici encore, la délégation étend son empire. La société s'est engagée par avance à reconnaître comme comptant parmi ses membres toutes les personnes qui, munies d'une action, se présenteraient par la suite à ses bureaux. C'est une acceptation donnée *in futurum* et à un inconnu (Thaller. *Traité*, n° 605), mais l'engagement initial de la société n'en conserve pas moins toute sa force, aussi bien vis-à-vis des associés nouveaux que de ceux qui, au début, étaient venus lui confier leurs capitaux. C'est grâce à la délégation que ce résultat se sera produit.

Ce n'est pas seulement en ce qui touche le virement, les effets de commerce et les titres négociables des sociétés, que la délégation sert la cause du crédit ; elle reçoit bien d'autres applications en matière de commerce. L'opération particulière aux Bourses de commerce qu'on appelle filière, n'est pas susceptible de s'expliquer autrement. L'on sait que la filière est une pièce émise par le vendeur à terme, relative à l'échéance du marché et portant offre de livrer des produits vendus sous forme d'une quantité déterminée (Thaller. *Traité*, n° 1037.) Ce document, présenté à l'acheteur, vaut offre de livrer, à la charge, pour celui-ci, de payer le prix. Là encore la délégation est à la base de l'institution.

Le premier vendeur, A..., a présenté la filière à son acheteur B... Celui-ci a désigné pour le règlement du prix son propre acquéreur, C. C..., en recevant la filière, a accepté par là même de jouer le rôle de débiteur délégué vis-à-vis de A... créateur de la filière et il en serait ainsi de tous les acquéreurs successifs de ce document jusqu'au dernier porteur, de sorte que le premier vendeur A... est investi d'un droit propre découlant, non pas d'une cession, mais de l'engagement nouveau contracté, à chaque endossement, et devenu définitif de la part de celui sur la tête de qui s'est produit l'arrêt de la filière.

La délégation est encore d'un utile secours pour

justifier des obligations qui incombent au commissionnaire de transport. La commission de transport est ordinairement définie comme étant un mandat que donne l'expéditeur à une autre personne de traiter pour son compte un transport avec un voiturier.

En réalité, elle constitue la prise en charge d'un transport véritable, le commissionnaire exécutant d'abord en partie le transport et se réservant seulement d'user d'autres voituriers pour la partie du trajet dont il ne peut se charger lui-même. Or, l'expéditeur est en droit d'assigner, en cas d'inexécution du contrat, non seulement le commissionnaire, mais même les transporteurs subséquents. Une pareille faculté ne peut se comprendre que par la théorie de la délégation.

Les voituriers successifs se sont en effet substitués à l'engagement initial du commissionnaire, et ils ont été délégués par ce dernier à l'expéditeur pour l'accomplissement du contrat.

Ici encore on pourrait se demander si ce dernier a donné son adhésion à cette opération, qui ne peut être valable sans son intervention. La réponse ne saurait soulever difficulté. A la vérité, l'expéditeur n'était pas présent lors des arrangements par lesquels les différents voituriers se sont remplacés les uns par les autres dans la réalisation du transport, mais il n'importe ; il connaissait d'avance la série des combinaisons auxquelles donnerait lieu l'expédition

et il a adhéré, dès le début, à toutes les délégations successives. Seulement, ici, la délégation est imparfaite, car, pour augmenter les garanties de l'expéditeur, le recours de celui-ci contre le commissionnaire ne disparaît pas comme conséquence de la succession d'un nouveau voiturier à la dette dont était tenu le premier.

Ainsi l'application de la législation générale sur la novation permet, mieux que toute autre théorie, de soustraire beaucoup d'opérations commerciales à des moyens occultes d'annulation ou de résolution, et l'on assiste à ce spectacle singulier de voir une institution aussi ancienne que la délégation s'adapter avec la plus grande précision au mécanisme d'actes juridiques, pour lesquels elle ne semblait point faite et qui n'ont surgi que bien des siècles après elle, sous l'empire de besoins économiques absolument inconnus des sociétés antiques qui déjà pratiquaient la délégation. Elle a acquis cette importance parce que, tendant à simplifier le paiement, elle permet de donner satisfaction au courant qui se dessine de plus en plus dans le cours de des affaires et qui cherche opérer le plus grand nombre de règlements possible avec le moindre numéraire disponible.

CONCLUSION

Les combinaisons auxquelles se prête aujourd'hui la novation ne sont devenues possibles qu'en vertu des changements subis par le concept de l'obligation. Le formalisme du début des civilisations imposait la personnalité absolue des effets du contrat. Toute substitution d'un sujet à un autre, dans un rapport juridique antérieurement établi, apparaissait comme un non sens, à l'époque lointaine où les obligations ne semblaient susceptibles que de paiement et non de transmission. L'engagement du débiteur pesait sur sa personnalité avant de porter sur son patrimoine. S'obliger, c'était s'enchaîner. Toute succession à la dette aurait contredit dans tous ses principes le système juridique qui ne considérait la créance que comme une relation purement personnelle et non comme un objet d'échange. Pendant longtemps, le formalisme fit échec à toute transmission des créances comme des dettes et peut-être qu'au début des sociétés les droits actifs ou passifs ne passaient même pas aux héritiers (Cf. Esmein,

« Les débiteurs privés de sépulture », *Mélanges d'Histoire et de Critique*, p. 245.)

Mais une tendance opposée se manifesta bientôt et s'accrut par la suite davantage ; celle de ne plus envisager l'obligation que sous l'aspect d'une valeur patrimoniale, de telle sorte que ce n'est plus la personne qui doit à la personne, c'est le patrimoine qui est débiteur vis-à-vis d'un autre patrimoine. De subjective, la notion de l'obligation est devenue purement objective.

« L'obligation fonctionne dans le commerce juridique de l'époque nouvelle, comme dans celui de l'époque ancienne fonctionnait la chose elle-même. (D'Ihering, *Esprit du droit romain*, t. III, p. 133.)

Ce n'est plus la personne du débiteur, qui, dans la créance, frappe surtout l'attention, c'est sa valeur économique que l'on considère avant tout.

Cette évolution s'est accomplie d'abord pour les successions à titre universel aux créances ou aux dettes, parce que c'était à leur occasion que les inconvénients de leur intransmissibilité étaient le plus sensibles. Ce fut à ce sujet que l'on imagina la fiction de l'héritier continuateur de la personne du défunt, afin qu'il n'y eût aucune interruption à la fois dans le culte des ancêtres et dans les rapports juridiques dont le défunt était le sujet actif ou passif.

Puis les besoins grandissants du commerce con-

duisirent nécessairement à admettre aussi la succession à titre particulier à la dette comme à la créance. L'obligation fut ainsi conçue comme pouvant circuler sans s'éteindre. Dans cette marche vers la satisfaction des besoins d'une société plus éclairée, ce fut donc d'abord la succession à titre universel aux obligations qui fut acceptée la première et il était urgent, en effet, que le créancier ne fut pas privé, par suite d'un événement imprévu tel qu'un décès, de la faculté d'agir contre son débiteur.

Une seconde étape consista à admettre la transmission à titre particulier des obligations. Cette possibilité apparut d'abord pour les créances, parce que l'obligation, considérée au point de vue actif, paraît plus susceptible d'une sorte de droit de propriété aliénable comme toute propriété. Puis le changement du créancier est indifférent au débiteur, qui ne voit ni s'alourdir ni diminuer le poids de son engagement ; mais, au contraire, la substitution d'un débiteur à un autre peut n'être pas approuvée par le créancier qui avait compté sur le patrimoine ou les aptitudes de telle personne pour obtenir l'acquittement de l'obligation alors qu'un nouveau débiteur ne réunirait peut-être pas les qualités voulues par le crédit. Mais, à mesure que la notion moderne de l'obligation se précisa, on comprit qu'il n'y avait aucune raison de prohiber la transmission à titre particulier de la dette, du moment que la personne du

créancier pouvait changer (Cf. Gide, p. 434 et s.) Ainsi les idées se sont modifiées avec le temps. Le principe ancien des effets purement personnels de la créance et de la dette a peu à peu perdu son sens primitif et la succession à titre particulier à la dette a réalisé la dernière étape du chemin parcouru depuis l'antiquité.

D'autres législations sont même allées plus loin que la nôtre dans cette voie ; c'est ainsi que le Code civil allemand, avec l'institution de la reprise de dette, a dépassé les conceptions françaises. En Allemagne, la dette est aliénable comme toute chose et peut circuler d'un débiteur à un autre sans que le créancier ait besoin d'intervenir. Le Code civil allemand consacre au transport des dettes six paragraphes (§ 414-419 de la section V du livre II, relatif au droit des obligations) sous la rubrique *Schuldübernahme*. Ce contrat a pour objet de substituer un nouveau sujet passif à l'ancien dans les rapports juridiques. La libération du débiteur primitif est absolue et, sauf conventions particulières, le créancier n'est plus admis à recourir contre lui, même au cas d'insolvabilité du reprenant.

On a proposé d'étendre l'innovation allemande à la législation française, mais jusqu'à présent ces idées ne paraissent pas avoir rencontré beaucoup d'adeptes en France, où l'on soutient avec raison, à notre avis, que nous possédons une institution sus-

ceptible de procurer la substitution d'un débiteur à un autre sans qu'il y ait lieu d'acclimater une théorie nouvelle, peu en harmonie avec les habitudes reçues. La succession à la dette est suffisamment obtenue par la théorie française de la délégation.

La délégation est, en effet, une institution souple qui se prête à beaucoup d'emplois. Elle peut opérer d'abord un transfert de valeur, à la suite duquel le délégué n'est pas admis à opposer au délégataire les exceptions qui pouvaient paralyser l'action du créancier contre le débiteur primitif. Elle peut aussi réaliser un transfert de dettes, dans lequel le nouvel engagement du délégué se trouve entièrement modelé sur l'obligation dont était tenu le délégant, en sorte que toutes les exceptions opposables par ce dernier au créancier pourraient être invoquées par le nouveau débiteur. Avec une pareille variété de ses effets, la délégation du code français paraît suffire à tous les besoins économiques ; la multiplicité de ses applications en droit commercial prouve d'ailleurs la souplesse de l'institution. La stipulation pour autrui ne présentera jamais au même degré des avantages aussi manifestes, puisque le promettant demeure fondé à opposer au tiers bénéficiaire les moyens de défense qui étaient de nature à paralyser une poursuite intentée par le stipulant.

« La délégation, c'est l'acte originaire, le point central dont sont sorties une foule d'institutions

diverses et dont peut-être d'autres sortiront encore, dernières venues dans la science du droit. » (Hubert, p. 204.) C'est ainsi que la délégation est arrivée à se créer une place prédominante dans le monde des affaires, après avoir réagi, au cours des siècles, contre les idées trop étroites qui comprimaient son essor.

Comme on l'a très bien remarqué, dans un transport d'obligation, ce qui est transmis, ce n'est pas la créance elle-même, c'est l'exercice de cette créance. La délégation remplit admirablement cet office. Le créancier a désormais la ressource d'exercer son droit contre un nouveau débiteur et, au cas où l'inconnu l'effraierait en raison d'un risque possible, par suite de qualités moindres possédées par le nouveau sujet passif du rapport de droit, le créancier a de l'avantage de ne pas se priver de tout recours contre le débiteur primitif et de conserver contre lui, par la délégation imparfaite, la faculté de lui réclamer ce que le nouvel obligé serait impuissant à lui procurer. En laissant subsister la délégation imparfaite, créée par les glossateurs, à côté de la délégation parfaite venue du droit romain, le Code civil français s'est inspiré au plus haut degré des besoins de la pratique, et c'est pour ce motif que la délégation fonctionne dans les hypothèses les plus diverses, s'accommodant à toutes les conventions où le besoin des affaires impose un règlement rapide, commandé

par les nécessités du crédit. Tantôt la libération du débiteur primitif aura eu pour résultat d'anéantir objectivement la dette ancienne ; tantôt, au contraire, l'obligation du débiteur nouveau n'aura pas eu la puissance d'éteindre l'engagement de l'ancien ; la volonté des parties est souveraine à cet égard. A défaut, la loi, suivant les nécessités de la pratique, applique l'une ou l'autre de ces catégories d'effets à la délégation qu'elle sous-entend dans les institutions qui peuvent se ramener à ce procédé de règlement.

On aperçoit, dès lors, combien est grande l'antinomie que présente la novation française avec la novation romaine : au formalisme de jadis a succédé une compréhension très nette des besoins de la pratique, mais cette évolution n'a pu s'accomplir que par suite de la substitution de l'obligation considérée comme rapport de patrimoine à patrimoine à l'idée antique de la créance ou de la dette représentée par un strict rapport personnel. Les principes les plus complexes du droit sont donc susceptibles de se plier aux besoins nouveaux, et telle était bien la pensée de Portalis lorsqu'il écrivait : « Les Codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler on ne les fait pas. » (Fenet, t. I, p. 476.)

Plus que pour toute autre institution, le temps a accompli son œuvre sur l'évolution de la novation. Elle a commencé par n'être qu'une stipulation abs-

traite, portant sur un *idem debitum*. Il en est sorti plus tard une stipulation individualisée, dans laquelle tous les caractères de la dette ancienne ne passaient pas à la dette nouvelle, mais où l'intention de nover n'était pas encore exigée. Dans le dernier état du droit romain, on se décide enfin à tenir compte de cette intention ; ce fut une des grandes réformes opérées par Justinien, qui imposa l'*animus novandi* comme condition essentielle à la novation. L'apparition de l'*animus novandi* permit d'élargir le cadre de cette institution ; cependant elle n'a pas cessé de garder dans le droit romain le caractère unique d'un mode d'extinction des obligations.

De nos jours, la novation consiste surtout à changer soit l'objet de la dette, soit le débiteur ; elle est soit une sorte de dation en paiement, soit un procédé commode de règlement des rapports d'affaires, susceptible de s'adapter aux conventions les plus complexes du droit privé. La novation extinctive de jadis est devenue la novation translatrice : le progrès a été d'admettre qu'on pût changer le débiteur sans vouloir nécessairement éteindre la dette. Mais il fallait, pour en arriver à ce résultat, qu'au formalisme des époques primitives succédât un système juridique reposant sur l'autonomie de la volonté et la liberté des conventions.

C'est dans l'ancien droit que s'est formé peu à peu l'idée d'après laquelle la novation est une *datio in*

solutum d'un genre particulier, le créancier recevant l'engagement du nouveau débiteur en paiement de l'ancienne obligation. On s'est peu à peu élevé à concevoir la délégation comme entraînant nécessairement tous les effets du paiement. La novation romaine était la transformation d'un rapport juridique antérieur en une obligation *ex stipulatu*, sanctionnée par une action de droit strict. La novation moderne possède un domaine d'application singulièrement plus étendu : elle est la substitution, à une obligation quelconque, d'une autre obligation quelconque, considérée par les parties comme équivalente, et acceptée à titre de dation en paiement par le créancier. Ainsi s'est élargie la notion de la novation ; la novation par changement du débiteur, ou délégation, a surtout pris de l'extension en s'adaptant aujourd'hui à des hypothèses nombreuses auxquelles ne se serait guère prêté, s'il eût été maintenu, le cadre étroit et formaliste de la novation antique. Mais l'on ne saurait trop insister sur ce point que tous ces changements ne sont devenus possibles que par suite de l'évolution générale de la notion d'obligation, qui a perdu son caractère primitif de rapport individuel entre deux personnes et n'exprime plus, dans nos sociétés actuelles, qu'une relation purement économique entre deux patrimoines.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY et RAU. — Cours de Droit civil, 5^e édit., 5 vol. parus, 1897-1907.
- BAUBRY-LACANTINERIE et BARDE. — Traité des Obligations, 3^e édit., 1906.
- BEUDANT. — Cours de Droit civil, les Contrats et les Obligations, 1906.
- COVIELLO. — Della successione ne debiti a titolo particolare ; Archivio Giuridico, T. 56 et 57, 1896-97.
- CUQ. — Les Institutions Juridiques des Romains, 2 vol. T. 1^{er}, 2^e édit., 1904. T. II, 1902.
- DELBRUCK. — Die Uebernahme fremder Schulden, nach gemeinem und preussischem Rechte. Berlin, 1853.
- ESMEIN. — Etude sur les Contrats dans le très ancien droit français. Paris, 1883.
- GIRARD. — Manuel de Droit Romain, 4^e éd., 1906.
- GIDE (P.). — Etude sur la novation et le transport de créances en droit Romain. Paris, 1879.
- GAUDEMET. — Etude sur le transport de dettes à titre particulier. Thèse. Dijon, 1898.
- HUBERT (Fréd.). — De la Délégation. Thèse. Poitiers, 1899.
- LAMBERT (G.). — Du Contrat en faveur des tiers. Paris, 1893. Thèse.
- PLANIOL. — Traité de Droit civil, 4^e éd., 1907. T. II.
- SALEILLES. — De la cession de dettes. Annales de Droit commercial, 1890, 2^e partie, page 1 et suiv.
- SALEILLES. — Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le Code civil allemand, 1901, 2^e éd.

SALPIUS. — Novation und Delegation. Berlin, 1864.

SARRUT. — De la novation. Thèse, Nancy, 1874.

UNGER. — Schuldübernahme. Vienne, 1889.

THALLER. — Traité de Droit commercial, 3^e éd., 1904.

— De la nature juridique du titre de crédit. Annales de
Droit commercial, années 1906 et 1907.

LYON-CAËN et RENAULT. — Traité de Droit commercial, 8 vol. ;
4^e éd. pour les tomes I à IV ; 3^e éd. pour les autres ;
1903-1908.

Vu : Le Président de la thèse :
PI DELIÈVRE

Vu : le Doyen :
CH. LYON-CAËN

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Page
INTRODUCTION. — Théorie Romaine de la novation...	5
CHAPITRE I. — La novation dans l'ancien droit français.	36
CHAPITRE II. — La novation dans le Code civil.	50
§ 1. — Règles de la novation d'après le Code civil.	58
§ 2. — Ses rapports avec quelques autres institu- tions ayant également pour but le règlement d'une dette antérieure autrement que par un transport de numéraire.	74
CHAPITRE III. — Les applications modernes de la novation et de la délégation.	90
I. — L'explication du virement en Banque par la délégation.	96
II. — La délégation et les effets de commerce.	104
III. — La délégation et la négociation des valeurs mobilières nominatives ou au porteur.	124
CONCLUSION.	132
BIBLIOGRAPHIE.	142

